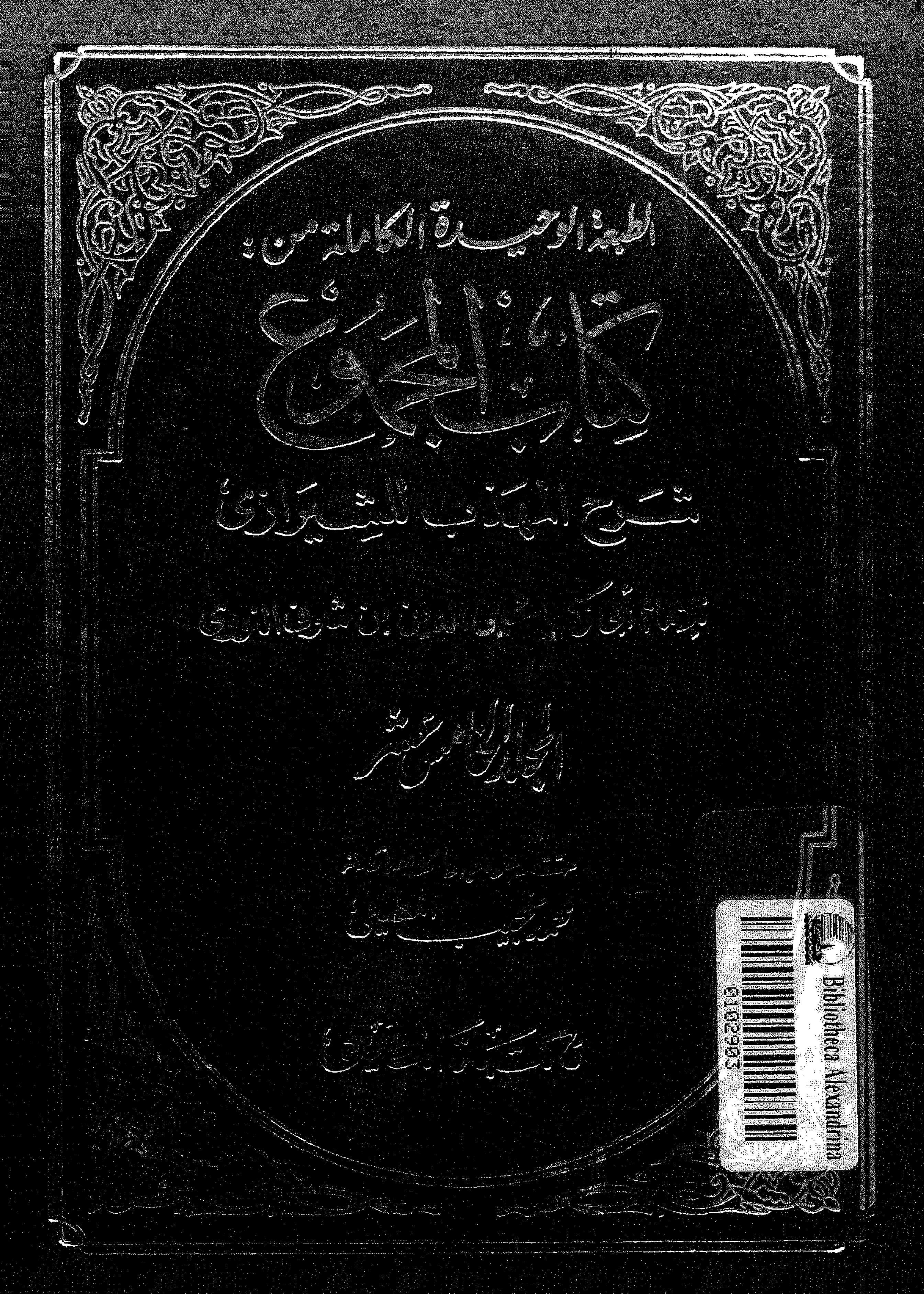

الطبعة الوحيدة الكاملة من :
كتاب المجموع
شرح المهذب للشيرازي
المجلد الخامس عشر
Bibliotheca Alexandrina
0102903







الطبعة الوحيدة الكاملة من:

كتاب المجموع

شرح المهذب للشيرازى

دعاء مستجاب :

اسأل الله الكريم اتمامه على أحسن الوجوه وأكملها وأتمها وأعجلها ، وانفعها فى الآخرة والدنيا ، وأكثرها انتفاعا به وأعمها فائدة لجميع المسلمين ..

[الشيخ محيى الدين النووى فى المقدمة جـ ١ ص ١٠٢]

الجزء الخامس عشر

وهو الجزء الثالث من تكملة هذا

بقلم

محمد نجيب المطيعى

رئيس قسم السنة وعلوم الحديث
بجامعة ام درمان الاسلامية

مكتبة الإرشاد
جدة - المملكة العربية السعودية



قال المصنف رحمه الله تعالى

كتـــاب الوديعـــة

الشرح يقال : ودعته أدعه ودعا تركته ، وأصل المضارع الكسر ومن ثم حذفت الواو ثم فتح لمكان حرف الحلق . قال بعض المتقدمين : وزعمت النحاة أن العرب أماتت ماضى يدع ومصدره واسم الفاعل ، وقد قرأ مجاهد وعروة ومقاتل وابن أبى عبلة ويزيد النحوى « ما ودعك ربك » بالتخفيف ، وفى الحديث « لينتهين قوم عن ودعهم الجمعات » . أى تركهم ، فقد رويت هذه الكلمة عن أفصح العرب ونقلت من طريق القراء ، فكيف يكون إماتة ، وقد جاء الماضى فى بعض الأشعار ، وما هـــذه سبيله فيجوز القـــول بقلة الاستعمال ، ولا يجوز القول بالإماتة ، ووادعته موادعة صالحته ، والاسم الوداع بالكسر . وودعته توديعاً والاسم الوداع بالفتح مثل سلم سلاماً وهو أن تشيعه عند سفره ، والوديعة فعيلة ، بمعنى مفعولة ، واودعت زيداً مالا دفعته إليه ليكون عنده وديعة وجمعها ودائع واشتقاقها من الدعة وهى الراحة ، أو أخذته منه وديعة ، فيكون الفعل من الأضداد لكن الفعل فى الدفع أشهر واستودعته مالا دفعته له يحفظه وديعة وقد ودع زيد بضم الدال وفتحها وداعة بالفتح والاسم الدعة وهى الراحة وخفض العيش والهاء عوض عن الواو .

والأصل فيها الكتاب والسنة والاجماع .

اما الكتاب

فقوله تعالى « إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها » وقوله تعالى « فإن أمن بعضكم بعضا فليؤد الذى أؤتمن أمانته » وقوله تعالى « وتعاونوا على البر والتقوى » .

اما السنة فقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « أد الأمانة إلى من ائتمنك ولا تخن من خانك » رواه أبو داود والترمذى من حديث أبى هريرة (رضى الله عنه) وقال : حديث حسن . وأخرجه الحاكم وصححه ، وفى إسناده طلق بن غنام عن شريك واستشهد له الحاكم بحديث أبى التياح عن أنس ، وفى إسناده أيوب بن سويد وهو مختلف فيه ، وقد تفرد بـه كما قال الطبرانى . وقد استنكر أبو حاتم وقد روى هذا الحديث أيضـاً البيهقى ومالك .

وفى هذا الباب عن أبى بن كعب عند ابن الجوزى فى العلل المتناهية ، وفى إسناده من لا يعرف ، وأخرجه أيضاً الدارقطنى . وعن أبى أمامة عند البيهقى والطبرانى بسند ضعيف . وعن أنس عند الدارقطنى والطبرانى والبيهقى وأبى نعيم . وعن رجل من الصحابة عند أحمد وأبى داود والبيهقى ، وفى إسناده مجهول آخر غير الصحابى ، لأن يوسف بن ماهك رواه عن فلان آخر وقد صححه ابن السكن وعن الحسن مرسلا عند البيهقى .

قال الشافعى رضى الله عنه : هذا الحديث ليس بثابت ، وقال أحمد : هذا حديث باطل لا أعرفه من وجه يصح . وقال ابن الجوزى : لا يصح من جميع طرقه ، ولا يخفى أن ورود هـذا الحديث بهـذه الطـرق المتعـددة مع تصحيح إمامين من الأئمة المعتبرين لبعضها ، وتحسين إمام ثالث منهم ممـا يصير به الحديث منتهضاً للاحتجاج به .

وقوله « ولا تخن من خانك » فيه دليل على عدم جواز مكافأة الخائن بمثل فعله ، فيكون مخصصاً للعموم فى قوله تعالى « وجـزاء سيئة سيئة مثلها » وقوله تعالى « وإن عاقبتم فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به » وقوله تعالى « فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم » .

قال الشوكانى رحمه الله تعالى : إن الأدلة القاضية بتحريم مال الآدمى ودمه وعرضه عموما مخصص بهذه الآيات الثلاث ، والحديث مخصص لهذه الآيات ، فيحرم من مال الآدمى وعرضه ودمه ما لم يكن على طريق المجازاة فإنها حلال إلا الخيانة ولكن الخيانة إنما تكون فى الأمانة كما يشعر بذلك

كلام صاحب القاموس ا هـ على أن الأحاديث التى يثبت معها أداء الوديعة كثيرة سيأتى كثير منها فى فصول هذا الباب إن شاء الله .

وأما الاجماع فأجمع علماء كل عصر على جواز الإيداع والاستيداع والضرورة تقتضيها وبالناس إليها حاجة فإنه يتعذر على جميعهم حفظ أموالهم بأنفسهم ويحتاجون إلى من يحفظ لهم ، واشتقاق الوديعة من السكون يقال : ودع وديعة فكأنها ساكنة عند المودع مستقرة ، أو هى مشتقة من الخفض والدعة فكأنها فى دعة عند المودع وقبولها مستحب لمن يعلم من نفسه الأمانة، لأن فيها قضاء حاجة أخيه المؤمن ومعاونته والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(يستحب لمن قدر على حفظ الوديعة واداء الأمانة فيها ان يقبلها لقوله تعالى « وتعاونوا على البر والتقوى » ولما روى أبو هريرة رضى الله عنه ان النبى صلى الله عليه وسلم قال : : « من كشف عن مسلم كربة من كرب الدنيا كشف الله عنه كربة من كرب يوم القيامة ، والله تعالى فى عون العبد مادام العبد فى عون اخيه » . فان لم يكن من يصلح لذلك غيره وخاف ان لم يقبل ان تهلك تعين عليه قبولها ، لأن حرمة المال كحرمة النفس ، والدليل عليه ما روى ابن مسعود أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « حرمة مال المؤمن كحرمة دمه » ولو خاف على دمه لوجب عليه حفظه ، فكذلك اذا خاف على ماله ، وان كان عاجزاً عن حفظها او لا يامن ان يخون فيها لم يجز له قبولها ، لانه يغرر ويعرضها للهلاك ، فلم يجز له اخذها) .

الشرح حديث أبى هريرة رواه البخارى ومسلم عن ابن عمر ، وروى بعضه ابن ماجه وإسناده صحيح ورواه الترمذى بلفظ « المسلم أخو المسلم لا يخونه ولا يكذبه ولا يخذله ، كل المسلم على المسلم حرام ، دمه وماله وعرضه ، التقوى ههنا ، بحسب امرىء من الشر أن يحقر أخاه المسلم » قال الترمذى : حديث حسن .

أما حديث ابن مسعود رضى الله عنه فقد رواه أبو نعيم فى الحلية . قال فى الجامع الصغير : وهو غريب ضعيف ، وقد وردت أحاديث كثيرة بمعناه أظهرها ما جاء فى خطبة الوداع « إن الله حرم عليكم دماءكم وأموالكم

وأعراضكم كحرمة يومكم هذا فى بلدكم هذا فى شهركم هذا » واقتران المال والدم والعرض فى حرمتها وتشبيه الحرمة بحرمة مكة فى يوم الوقوف من شهر ذى الحجة يدل على صحة التساوى بين المال والدماء .

اما احكام الفصل فقد اتفق الأئمة كلهم على أن الوديعة من القرب المندوب إليها. واتفقوا على أن حفظها فيه ثواب. وأن قبول حفظها أمانة محضة، وأن الضمان لا يجب على المودع إلا إذا تعدى ، وأن القول قوله فى تلفها وردها على الإطلاق مع يمينه على تفصيل سيأتى كما سيأتى ما اختلفوا فيه . أما إذا خاف على الوديعة التلف أو الضياع أو عدم القدرة على حمايتها وكان معرضا للغارة ، أو كان له غرماء ولا يأمن أن يستولوا عليها وفاء لحقهم ، أو كان لا يأمن أن تحدثه نفسه بالخيانة فيها ، وجب عليه بذل النصيحة لصاحبها ، ولا يجوز له قبولها ، حتى لا يغرر بها ويعرضها للهلاك فلم يجز له أخذها .

فـــرع . حكى الدردير المالكى عن ابن عرفة فى حكم الوديعة من حيث ذاتها للفاعل والقابل مباحة وقد يعرض وجوبها لخائف فقدها الموجب هلاكه أو فقره إن لم يودعها مع وجود قابل لها يقدر حفظها وحرمتها كمودع شيء غصبه ولا يقدر القابل على جحدها ليردها إلى ربها أو للفقراء إن كان المودع مستغرق الذمة ولذا ذكر عياض فى مداركه عن بعض الشيوخ : أن من قبل الوديعة من مستغرق ذمة ثم ردها إليه ضمنها للفقراء ثم قال : وندبها حيث يخشى ما يوجبها دون تحققه ، وكراهتها حيث يخشى ما يحرمها دون تحققه اهـ .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصــــل ولا يصح الايداع الا من جائز التصرف فى المال ، فان اودعه صبى او سفيه لم يقبل لانه تصرف فى المال ، فلم يصح من الصبى والسفيه كالبيع ، فان اخذها منه ضمنها ، لانه اخذ ماله من غير اذن فضمنه كما لو غصبه ، ولا يبرأ من الضمان الا بالتسليم الى الناظر فى ماله ، كما نقول فيما غصبه من ماله ، وان خاف المودع أنه ان لم ياخذ منه استهلكه فاخذه ففيه وجهان ، بناء على القولين فى المحرم اذا خلص طائراً من جارحة وامسكه

ليحفظه (احدهما) : لا يضمن ، لأنه قصد حفظه (والثانى) : يضمن ؛ لأنه ثبتت يده عليه من غير ائتمان) .

الشرح الأحكام : يشتمل هذا الفصل على أمور :

(أولها) لا يجوز لأحد أن يقبل الوديعة إلا من جائز التصرف ، وكما عرفنا من قبل أنه العاقل البالغ .

(ثانيها) إذا أودعه من لا يجوز له التصرف فقبله منه ضمن الوديعة وانتقلت يده من يد أمينة إلى يد ضامنة كالغاصب .

(ثالثها) إذا أراد أن يبرىء ذمته بعد قبض الوديعة فإن عليه أن يسلمها إلى الناظر فى مال الصبى أو المحجور عليه .

(رابعها) إذا خشى على مال الصبى أو السفيه التلف أو الهلاك أو التبذير أو استهلاكه فى غير ما يصلح شأنه كان عليه أن يقبله صيانة له وحفظاً من الضياع ، كالمحرم إذا خلص طائراً من جارحة وأمسكه ابتغاء حفظه .

(خامساً) إذا قبله على هذا النحو فى الأمر الرابع هل عليه ضمانه أم لا ؟ فيه وجهان : (أحدهما) لا يضمن لأن أخذه كان ضرورة اقتضاها واجب حفظ المال وصيانته . (والثانى) وجب عليه الضمان . لأنه استقرت يده على الوديعة من غير توفر شرط الائتمان وهو يتسلمها من غير جائز التصرف فكان عليه الضمان كما أسلفنا فى الأمر الثانى ولا يزول عنه الضمان بردها إليه . وإنما يدفعها إلى وليه الناظر له فى ماله أو الحاكم .

فـــرع فى مذهب مالك : من استحفظ ولده أو زوجته غيره فلا يسمى وديعة عرفاً هكذا هو فى الشرح الصغير .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل ولا يصح الا عند جائز التصرف ، فان اودع صبيا او سـفيها لم يصح الايداع لأن القصد من الايداع الحفظ ، والصبى والسفيه ليســا من اهل الحفظ ، فان اودع واحداً منهما فتلف عنده لم يضمن ، لأنه لا يلزمه

حفظه فلا يضمنه ، كما لو تركه عند بالغ من غير ايداع فتلف ، وان أودعه فاتلفه ففيه وجهان : (احدهما) : يضمن لأنه لم يسلطه على اتلافه فضمنه بالاتلاف ، كما لو ادخله داره فاتلف ماله . (والثانى) لا يضمن ، لأنه مكنه من اتلافه فلم يضمنه ، كما لو باع منه شيئا وسلمه اليه فاتلفه) .

الشرح الأحكام . كما لا يجوز للعاقل المكلف الرشيد أن يقبل الوديعة من الصبى والسفيه حسبما أسلفنا من البيان،فإنه لا يجوز له أن يودع عند صبى أو سفيه أو مجنون لأن الإيداع مقصود للحفظ ، وهؤلاء ليسوا من أهل الحفظ وهم مفتقرون إلى مَن يحفظ لهم مالهم ، فلا يحفظون مال غيرهم.

فإذا أودع رجل عند صبى أو معتوه وديعة فتلفت فى يده لم يضمنها ، سواء حفظها أو فرّط فيها ، فإن أتلفها أو أكلها أو أستهلكها ضمنها فى ظاهر المذهب ، وبه قال القاضى من الحنابلة والخرقى وابن قدامة ، وذهب بعض الحنابلة ، وهو قول أبى حنيفة وبعض أصحابنا إلى أنه لا ضمان عليه ، لأن ربها سلطه على إتلافها بدفعها إليه ، فلا يلزمه ضمانها ؛ ألا ترى أنه لو دفع إلى صغير سكينا فوقع عليها كان ضمانه على عاقلته ؟

ولنا أن ما ضمنه بإتلافه قبل الإيداع ضمنه بعد الايداع كالبالغ ، ولا يصح قولهم : إنه سلطه على اتلافها لأنه استحفظه إياها ، وفارق دفع السكين فإنه سبب للإتلاف ، ودفع الوديعة بخلاف ذلك .

فـــرع إذا ترك ماله عند رجل عاقل من غير إيداع فتلف لا ضمان عليه ، كما لو أودعه ، ويفارق الإيداع من حيث التفريط ، فلو فرط فيه لم يضمنه فى ظاهر المذهب بخلاف المودع والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل وتنعقد الوديعة بما تنعقد به الوكالة من الايجاب بالقـــول ، والقبول بالفعل ، وتنفسخ بما تنفسخ به الوكالة من العزل والجنون والاغمـاء والموت ، كما تنفسخ الوكالة ؛ لأنه وكالة فى الحفظ ، فكان كالوكالة فى العقـد والفسخ) .

الشرح الأحكام : وتتبع الوديعة الوكالة فى جوازها وانعقادها وفسخها . فمن هنا لا تنعقد إلا بالإيجاب والقبول .

وصورة الايجاب أن يدفع الوديعة إليه ـــ وهذا فعل ـــ فإذا كانت سيارة فأدخلها مرساه أو حظيرته أو جراشه وقال له : هذه سيارتى عندك وديعة صح الايجاب . أما القبول فبأى لفظ دال على القبول يصح عقـد الوديعة .

أما الفسخ فيجرى فيه ما يجرى فى فسخ الوكالة : فإذا أراد المودع ردها انفسخ عقدها ، لأنه متبرع بالقبول . وإذا أراد ربها استردادها وفسخ عقدها كان له ذلك لأنه مالكها ، كما تنفسخ بجنون أحدهما أو موته أو إغمائه ، لأن استمرار العقد ينبغى أن تتوفر فيه شروط العقد ابتداء ، ويبطل العقد ما يمنعه ابتداء .

ففى حالة عزل الوديع نفسه يرد الوديعة إلى ربها ؛ وفى حالة الجنون أو الاغماء يردها إلى الناظر فى مال مالكها ، وفى حالة الموت يردها إلى وارثه ، فإن لم يفعل فقد زال الائتمان وصار ضامناً كالغاصب .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل والوديعة امانة فى يد المـودع ، فان تلفت مـن غير تفريط لم تضمن لما روى عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « من اودع وديعة فلا ضمان عليه » وروى ذلك عن ابى بكـر وعمر وعلى وابن مسعود وجابر رضى الله عنهم ، وهو اجماع فقهاء الأمصار ، ولأنه يحفظها للمالك فكانت يده كيده ؛ ولان حفظ الوديعة معروف واحسان ، فلو ضمنت من غير عدوان زهد الناس فى قبولها ، فيؤدى الى قطع المعروف ، فان اودعه وشرط عليه الضمان لم يصر مضموناً لانه امانة فلا يصير مضموناً بالشرط ، كالمضمون لا يصير امانة بالشرط .

وان ولدت الوديعة ولداً كان الولد امانة ، لانه لم يوجد فيه سبب يوجب الضمان لا بنفسه ولا بامه ، وهل يجوز له امساكه ؟ فيه وجهان : (احدهما) لا يجوز بل يجب ان يعلم صاحبه ، كما لو القت الريح ثوباً فى داره (والثانى) يجوز لان ايداع الأم ايداع لما يحدث منها) .

الشرح حديث عمر بن شعيب عن أبيه عن جده رواه الدار قطني . وقال الحافظ ابن حجر : فيه ضعف ، وأخرجه الدارقطني من طريق أخرى بلفظ « ليس على المستعير غير المغل ضمان ، ولا على المستودع غير المغل ضمان » وقال الدارقطني : « إنما نروى هذا عن شريح غير مرفوع » قال الحافظ ابن حجر : فى إسناده ضعيفان .

وقد روى ابن ماجه عن ابن عمرو بلفظ « من أودع وديعة فلا ضمان عليه » وفى إسناده المثنى بن الصباح وهو متروك ، وتابعه ابن لهيعة فيما ذكره البيهقي . وأخرج أبو داود والترمذى وحسنه وابن حبان وصححه من حديث أبى أمامة الباهلى رضى الله عنه أنه سمع رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول فى حجة الوداع « العارية مؤداة ، والزعيم غارم » .

وحديث الفصل الذى رواه الدارقطني يتجه ضعفه إلى ما اشتهر بين المحدثين من أن عمرو بن شعيب يروى عن أبيه وأبوه شعيب يروى عن جده عبد الله بن عمرو بن العاص ، وفى سماع شعيب من جده نظر ، وقد أثبت السماع فى حاشيتى على تفسير القرآن للعلامة صديق خان المسمى « بفتح البيان فى مقاصد القرآن » الصادرة عن مطبعة الامام .

وشعيب هو ابن محمد بن عبد الله بن عمرو ، فالضمير فى جده يعود على شعيب لا على عمرو ، ويمكن حمل الضمير على عمرو وصرف الجد إلى عبد الله لأن جد الأب جد ، والمدار على ثبوت لقاء شعيب لجده وسماعه منه ، وليس منصرفاً إلى جده محمد بن عبد الله بن عمرو ، وقد ثبت لقاء شعيب بجده فى خبر سقناه فى المجموع أيضاً .

اما احكام الفصل ففى الحديث دليل على أنه لا ضمان على من كان أميناً على عين من الأعيان كالوديعة والمستعير ، أما الوديع فلا يضمن بالاجماع إلا لجناية منه على العين . وقد حكى فى البحر الزخار الاجماع على ذلك .

وتأول ما حكى عن الحسن البصرى أن الوديع لا يضمن إلا بشرط الضمان بأن ذلك محمول على ضمان التفريط لا الجناية المتعمدة ، والوجه فى تضمينه

الجناية أنه صار بهـا خائناً ، والخائن ضامـن لقوله صلى الله عنيه وسلم « ولا على المستودع غير المغل ضمان » والمغل هو الخائن . وهكذا يضمن الوديع إذا وقع منه تعد فى حفظ العين لأنه نوع من الخيانة .

وقد استدل القائلـون بالضـمان بحديث الحسن البصرى عن سمرة ابن جندب عن النبى صلى الله عليه وسـلم قال « على اليد ما أخذت حتى تؤديه » زاد أبو داود والترمذى : قال قتادة : ثم نسى الحسن فقال:هو أمينك لا ضمان عليه .

قال المقبلى فى المنار : يستدلون بهذا الحديث على التضمين ولا أراه صريحاً ، لأن اليد الأمينة أيضاً عليها مـا أخذت حتى ترد ، وإلا فليست بأمينة .

ومستخبر عن سر ليلى تركته بعمياء من ليلى بغير يقين
يقولون خبرنا فأنت أمينها وما أنا إن خبرتهم بأمين

إنما كلامنا هل يضمنها لو تلفت بغير جناية ، وليس الفرق بين المضمون وغير المضمون إلا هذا . وأما الحفظ فمشترك ، وهو الذى تفيده « على » فعلى هذا لم ينس الحسن كما زعم قتادة حين قال « هو أمينك لا ضمان عليه » بعد رواية الحديث . ا هـ

قال الشوكانى « ولا يخفى عليك ما فى هذا الكلام من قلة الجدرى وعدم الفائدة ، وبيان ذلك أن قوله « لأن اليد الأمينة عليها ما أخذت حتى ترد ، وإلا فليست بيد أمينة » يقتضى الملازمة بين عدم الرضـا وعـدم الأمانة ، فيكون تلف الوديعة والعارية بأى وجه من الوجوه قبل الرد مقتضيا لخروج الأمين عن كونه أمينا وهو ممنوع ، فإن المقتضى لذلك إنما هو التلف بجناية أو خيانة ، ولا نزاع فى أن ذلك موجب للضمان ، إنما النزاع فى تلف لا يصير به الأمين خارجا عن كونه أمينا كالتلف بأمر لا يطاق دفعه ، أو بسبب سهو أو نسيان أو بآفة سماوية أو سرقة ، أو ضياع بلا تفريط ، فإنه يوجد التلف فى هذه الأمور مع بقاء الأمانة » انتهى .

والمقتضى الذي يتوقف عليه فهم الحديث هو الأمر المقدور عليه وهـو الضمان أو الحفظ ، وكل منهما صالح للتقدير ولا يقدران معاً ، لما تقرر من أن المقتضى لا عموم له ، فمن قدر الضمان أوجبه على الوديع والمستعير ، ومن قدر الحفظ أوجبه عليهما ولم يوجب الضمان إذا وقع التلف مع الحفظ المعتبر ، وبهذا تعرف أن التأدية لغير التالف ليس على ما ينبغي .

وأما مخالفة رأى الحسن لروايته فقد تقرر فى الأصـول أن العمـل بالرواية لا بالرأى ، لاسيما إذا تعززت الرواية بعمل الصحابة رضوان الله عليهم ورأيهم وفى مقدمتهم أبو بكر وعمر وعلى وابن مسعود وجابر .

وممن قال بأن الوديعة أمانة لا يترتب على تلفها ضمان من الوديع إذا لم يفرط شريح والنخعى ومالك وأبو الزناد والثورى والأوزاعى والشافعى وأصحاب الرأى وأحمد وعن أحمد رواية أخرى « إن ذهبت الوديعة من بين ماله غرمها لما روى عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه أنه ضمن أنس بن مالك وديعة ذهبت من بين ماله » وأصحاب أحمد يرجحون قول الجمهور على هذا القول .

دليلنـا : أن الله تعالى سماها أمانة والضـمان ينافى الأمانة ، وحديث عمرو بن شعيب وغيره وعمل الصحابة ومن ذكرنا من أئمة أهل العلم ، ولأن المستودع إنما يحفظها لصاحبها متبرعا من غير نفع يعود عليـه فلو لزمه الضمان لامتنع الناس من قبول الودائع ، وذلك مضر لما بيناه من الحاجة إليها ، وما روى عن عمر محمول على التفريط من أنس فى حفظها ، فلا ينافى ما ذكرنا .

فـرع إذا شرط رب الوديعة على المستودع ضمان الوديعة فقبله أو قال : أنا ضامن لها لم يضمن ، وبهذا قال أحمد والثورى وإسحاق وابن المنذر ، قال أحمد : إذا قال : أنا ضامن لها فسرقت لا شىء عليه ، وكذلك كل ما أصله الأمانة كالمضاربة ومال الشركة والرهن والوكالة . وقال ابن حزم : فمال هذا المودع حرام على غيره ما لم يوجب أخذه نص ، وقد صح عـن عمر بن الخطاب تضمين الوديعة ، وروى عنه وعن غيره ألا تضمن .

دليلنا : أنه شرط ضمان ما لم يوجد سبب ضمانه فلم يلزمه ، كما لو شرط ضمان ما يتلف فى يد مالكه ؛ لأنه أقامه مقام نفسه وكالمضمون لا يصير أمانة بالشرط

فــــرع إذا ولدت الوديعة من دابة أو سائمة أو رقيق ولداً ، كان ما ولدته أمانة ؛ لأنه لا سبب منه ولا من أمه يوجب الضمان ، وهل يجوز له إمساكه ، باعتبار أنه قدر زاد عن قدر ما أودع عنده ؟ فيه وجهان :

(أحدهما) لا يجوز ، بل يجب أن يعلم صاحبه ، كما لو ألقت الريح ثوباً فى داره .

(والثانى) يجوز إمساكه ، لأن إيداع الأم إيداع لما يحدث منها والله أعلم .

فــــرع بين المالكية وجوه التفريط فى الوديعة بقولهــم : تضمن الوديعة بسقوط شىء عليها منه أى من يد المودع ولو خطأ لأن الخطأ كالعمد فى الأموال وزدنا عليه لفظ منه لبيان مراده إذ هو محل التفريط لا يضمن إن انكسرت الوديعة منه فى نقل مثلها المحتاج إليه من مكان إلى آخر . فإذا لم تحتج إلى النقل فنقلها أو احتاجتا ونقلها نقل غير مثلها ضمن أن انكسرت ونقل مثلها ما يرى الناس أنه ليس فيه بمفرط . فزيادتنا عليه المحتاج إليــه لابد منها وتضمن بخلطها بغيرها إذا تعذر تمييزها عما خلطت فيــه .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصــــل ومن قبل الوديعة نظرت ، فان لم يعين المودع الحرز لزمــه حفظها فى حرز مثلها ، فان اخر احرازها فتلفت لزمه الضمان ، لأنه تــرك الحفظ من غير عذر فضمنها فان وضعها فى حرز دون حرز مثلها ضمن ، لأن الايداع يقتضى الحفظ ، فاذا اطلق حمل على المتعارف ، وهو حرز المثل ، فاذا تركها فيما دون حرز مثلها فقد فرط فلزمه الضمان ، وان وضعها فى حرز فوق حرز مثلها لم يضــمن لأن من رضى بحرز المثل رضى بما فوقه ، فان قال : لا تقفل عليه ، فاقفل عليه او قال : لا تقفل عليه قفلين ، فاقفــل

قفلين او قال : لا ترقد عليه فرقد عليه فالمذهب انه لا يضمن ، لانه زاده فى الحرز ومن اصحابنا من قال : يضمن ، لانه نبه اللص عليه واغراه به .

فصــــل وان عين له الحرز فقال : احفظها فى هذا البيت فنقلها الى ما دونه ضمن لأن من رضى حرزاً لم يرض بما دونه وان نقلها الى مثله او الى ما هو احرز منه لم يضمن ، لأن من رضى حرزاً رضى مثله وما هو احــرز منه ، وان قال له : احفظها فى هذا البيت ولا تنقلها فنقلها الى ما دونه ضمن ، لانه لم يرض بما دونه وان نقلها الى مثلها او الى ما هو احرز منه ففيه وجهان .

قال ابو سعيد الاصطخرى : لا يضمن لانه جعله فى مثله ، فاشبه اذا لم ينهه عن النقل . وقال ابو اسحاق : يضمن لانه نهاه عن النقــــل فضــــمنه بالنقل ، فان خاف عليه فى الحرز المعين من نهب او حريق نظرت ، فان كان النهى مطلقاً لزمه النقل ولا يضمن ، لأن النهى عن النقل للاحتياط فى حفظها ، والاحتياط فى هذه الحال ان تنقل ، فلزمه النقل ، فان لم ينقلها حتى تلفت ضمنها لانه فرط فى الترك وان قال له : لا تنقل وان خفت عليها الهلاك فنقلها لم يضمن ، لانه زاده خيراً وان تركها حتى تلفت ففيه وجهان .

قال ابو العباس وابو اسحاق : لا يضمن ، لأن نهيه مع خوف الهــلاك ابرا من الضمان وقال ابو سعيد الاصطخرى : يضمن لأن نهيه عن النقل مع خوف الهلاك لا حكم له ، لانه خلاف الشرع ، فيصير كما لو لم ينهه ، والأول اظهر ، لأن الضمان يجب لحقه فسقط بقوله وان خالف الشرع كما لو قال لغيره : اقطع يدى او اتلف مالى) .

الشرح . قوله : الحرز المكان الذى يحفظ فيه والجمع أحراز مثل حمل وأحمال وأحرزت المتاع جعلته فى الحرز ، ويقال : حرز حريز للتأكيد ، كما يقال : حصن حصين واحترز من كذا أى تحفظ وتحرز مثـله ؛ ومنــه قوله : أحرز قصب السبق ، إذا سبق إليها فضمنها دون غيره .

أما الأحكام فإن الوديع إذا لم يعين له رب الوديعة المكان الذى يحفظها فيه ؛ عليه أن يجتهد فى حفظها بما يحفظ به مثلها ، فإذا اشترط عليــه أن يحفظها فى صفائح وكانت زيتاً أو سمناً فحفظها فى زجاج ابتغاء حفظها من الرشح فكسرت القنائن كان عليه ضمانها لأنه خالف مالكها ، فإذا أمره أن يحفظها فى زجاج فكسرت القنائن فلا ضمان عليــه فإذا خالفه وحفظها فى براميــل أو صفائح لا ينقص منها كيلها ولا وزنها فقد زاد خيراً بهذه المخالفة

وكان على أمانته ، فلو آمره أن يحفظها فى حرز من الجلد فحفظها فى قماش ضمن .

فإذا أمره أن لا يقفل عليها فأقفل عليها ، أو أمره أن لا يقفل قفلين فأقفل قفلين ، أو قال لا ترقد عليها فرقد عليها فظاهر المذهب عدم الضمان لأنها أمور تزيد فى وسائل الحفظ ، وقوة الحرز . ومن أصحابنا من قال : يضمن ، لأنه بكثرة احتياطه أو نومه على الصندوق أو شدة اهتمامه يشد انتباه اللصوص إليه وقال أصحاب أحمد : إذا بالغ فى حفظها من غير حاجة ضمن .

فـــرع فإذا عين له الحـــرز فإن نقلهـــا إلى ما دونه ــ أعنى أقل كفاءة فى الحفظ ــ ضمن ، فإذا نقلها إلى حرز مثل الذى عينه أو أعلا كفاءة وحفظاً ففيه وجهان (أحدهما) وهو قول أبى سعيد الإصطخرى : لا يضمن لأنه لا فرق بين الحرزين فكان كأن لم ينقلها ، أو كأن ربها لم يعينه ، أو لم ينهه عن غير ما عينه . (والثانى) وهو قول أبى إسحاق المروزى : يضمن ، لأنه نهاه عن النقل فإذا خالف انتقل من الائتمان إلى الضمان .

فـــرع إذا كان الحرز الذى عينه المودع معرضاً لخطر الحريق أو السرقة أو كانت رطوبة الأرض تتلفه نظرت فإن كان نهيه مطلقاً بأن قال : لا تنقلها من هنا لزمه مخالفته ، لأن النهى أريد به التنبيه والاحتياط لحفظها ، فإن لم ينقلها حتى تلفت ضمنها لتفريطه بتركها معرضة للتلف .

فـــرع إذا قال له : لا تنقلها وإن خفت عليها الهلاك ، فخاف عليها الهلاك ونقلها لم يضمن بالمخالفة لأنه زاده خيراً ، أما إذا لم ينقلها فتلفت ففيه وجهان .

قال أبو العباس بن سريج وأبو إسحاق المروزى : لا يضمن لأن نهيه مع خوف الهلاك أبرأه من الضمان . وقال أبو سعيد الإصطخرى : عليـــه الضمان ، لأن هذا النهى يتعارض مع مسئولية الأمين فى الاجتهاد وعدم التفريط شرعا ، فـــلا حكم للنهى وكأنه لم يكن وقـــد رجح الشيخ أبـــو إسحاق الشيرازى الأول لأنه بهذه الصورة من النهى قد أهدر حقه فى الضـــمان .

وإن خالف الشرع ، كما لو أمر غيره بقطع يده أو إتلاف ماله فإنه لا ضمان له ، وإن أثم الفاعل . وبهذا قال الحنابلة .

فـــرع في كلام الشافعي في الوديعة : إذا استودع الرجل رجلا وديعة فقال المستودع : أمرتني أن أدفعها إلى فلان فدفعتها إليه قال أبوحنيفة فالقول قول رب الوديعة والمستودع ضامن وبهذا يأخذ يعني أبا يوسف . وكان ابن أبي ليلى يقول : القول قول المستودع ولا ضمان عليه وعليه اليمين ثم قال : وإذا استودع الرجل الوديعة فتصادقا عليها ثم قال المستودع أمرتني أن أدفع الوديعة إلى رجل فدفعتها إليه وأنكر ذلك رب الوديعة فالقول قوله وعلى المستودع البينة بما ادعى .

وإذا استودع الرجل الرجل وديعة فجاء آخر يدعيها معه فقال المستودع : لا أدري أيكما استودعني هذه الوديعة وأبى أن يحلف لهما وليس لواحد منهما بينة فإن أبا حنيفة رضي الله تعالى عنه كان يقول : يعطيهما تلك الوديعة بينهما نصفين ويضمن لهما أخرى مثلها بينهما لأنه أتلف ما استودع بجهالته ، ألا ترى أنه لو قال هذا استودعنيها ثم قال : أخطأت بل هو هذا كان عليه أن يدفع الوديعة إلى الذي أشير له بها أولا ويضمن للآخر مثل ذلك لأن قوله : أتلفه ، وكذلك الأول إنما أتلفه هو بجهله وبهذا يأخذ وكان ابن أبي ليلى يقول في الأول : ليس عليه شيء والوديعة والمضاربة بينهما نصفان .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل فان اودعه شيئاً فربطه في كمه لم يضمن ، فان تركه في كمـه ولم يربطه نظرت فان كان خفيفاً اذا سقط لم يعلم به ضمنه ، لأنه مفرط في حفظه وان كان ثقيلا اذا سقط علم به لم يضمن لانه غير مفرط ، وان تركه في جيبه فان كان مزروراً او كان الفتح ضيقاً لم يضمن لأنه لا تناله اليد ، وان كان واسعاً غير مزرور ضمن لان اليد تناله .

وان اودعه شيئاً فقال : اربطه في كمك فامسكه في يده فتلف فقد روى المزني انه لا يضمن وروى الربيع في الأم انه يضمن ، فمن اصحابنا من قال : هو على قولين :

(احدهما) لا يضمن ، لأن اليد أحرز من الكم ، لأنه قد يسرق من الكم ولا يسرق من اليد .

(والثانى) أنه يضمن ، لأن الكم أحرز من اليد ؛ لأنه اليد حرز مع الذكر دون النسيان والكم حرز مع النسيان والذكر . ومن أصحابنا من قال : ان ربطها فى كمه وأمسكها بيده لم يضمن ، لأن اليد مع الكم أحرز من الكم وان تركها فى يده ولم يربطها فى كمه ضمن لأن الكم أحرز من اليد ، وحمل الروايتين على هذين الحالين .

وان أمره ان يحرزها فى جيبه فأحرزها فى كمه ضمن ، لأن الجيب احرز من الكم ، لأن الكم قد يرسله فيقع منه ولا يقع من الجيب ، وان قال : احفظها فى البيت فشدها فى ثوبه وخرج ضمنها ، لأن البيت أحرز ، فان شدها فى عضده . فان كان الشد مما يلى أضلاعه لم يضمن ، لأنه احرز من البيت ، وان كان من الجانب الآخر ضمن ، لأن البيت أحرز منه ، وان دفعها اليه فى السوق وقال : احفظها فى البيت فقام فى الحال ومضى الى البيت فأحرزها لم يضمن ، وان قعد فى السوق وتوانى ضمنها لأنه حفظها فيما دون البيت .

وان أودعه خاتماً وقال : احفظه فى البنصر فجعله فى الخنصر ضمن ، لأن الخنصر دون البنصر فى الحرز ، لأن الخاتم فى الخنصر أوسع فهى الى الوقوع اسرع . وان قال : اجعله فى الخنصر فجعله فى البنصر لم يضمن ، لأن البنصر أحرز لأنه اغلظ والخاتم فيه احفظ . وان قال : اجعله فى الخنصر فلبسه فى البنصر فانكسر ضمن لأنه تعدى فيه) .

الشرح هذا الفصل تتلخص أحكامه فيما إذا خالف الوديع المودع وكانت المخالفة من تهاون أو تفريط أو ترتب عليها تلف الوديعة ضمن فى كل الصور التى ساقها المصنف ؛ لأنه لو قال له اربط الدراهم فى كمك فأمسكها بيده فضاعت لارتخاء يده أو انفراج أصابعه بنوم أو غفلة أو نسيان فإنه يضمن ، لأن ضياعها كان بسبب المخالفة . ولو قال له : اربطها فى كمك فربطها ولم يحكم ربطها ضمن . ولو قال له : ضعها فى كور عمامتك فلم يشد عليها العمامة ضمن وهكذا . والجيب عندهم ما ينفتح على النحر . قال تعالى : « وليضربن بخمرهن على جيوبهن » .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل وان اراد المودع السفر ووجد صاحبها أو وكيله سلمها اليه ، فان لم يجد سلمها الى الحاكم ، لأنه لا يمكن منعه من السفر ، ولا قدرة على

المالك ولا وكيله ، فوجب الدفع الى الحاكم ، كما لو حضر من يخطب المراة والولى غائب ، فان الحاكم ينوب عنه فى التزويج ، فان سلم الى الحاكم مع وجود المالك او وكيله ضمن ، لان الحاكم لا ولاية له مع وجود المالك او وكيله ، كما لا ولاية له فى تزويج المراة مع حضور الولى او وكيله ، فان لم يكن حاكم سلمها الى امين ، لان النبى صلى الله عليه وسلم « كانت عنده ودائع فلما اراد الهجرة سلمها الى ام ايمن واستخلف عليا كرم الله وجهه فى ردها » وان سلم الى امين مع وجود الحاكم ، ففيه وجهان .

(احدهما) لا يضمن وهو ظاهر النص ، وهو قول ابى اسحاق لانه امين فاشبه الحاكم .

(والثانى) يضمن ، وهو ظاهر قوله فى الرهن . وهو قول ابى سعيد الاصطخرى ، لان امانة الحاكم مقطوع بها ، وامانة الأمين غير مقطوع بها فلا يجوز ترك ما يقطع به بما لا يقطع به كما لا يترك النص للاجتهاد فان لم يكن امين لزمه ان يسافر بها ، لان السفر فى هذه الحال احوط ، فان وجد المالك او الحاكم او الأمين فسافر بها ضمن ، لان الايداع يقتضى الحفظ فى الحرز ، وليس السفر من مواضع الحفظ ، لانه اما ان يكون مخوفاً او آمناً لا يوثق بامنه ، فلا يجوز مع عدم الضرورة .

وان دفنها ثم سافر نظرت فان كان فى موضع لا يد فيه لأحد ضمن ، لان ما تتناوله الأيدى معرض للاخذ ، فان كان فى موضع مسكون فان لم يعلم بها احداً ضمن ، لانه ربما ادركته المنية فى السفر فلا تصل الى صاحبها ، فان اعلم بها من لا يسكن فى الموضع ضمن ، لان ما فى البيت انما يكون محفوظاً بحافظ ، فان اعلم بها من يسكن فى الموضع فان كان غير ثقة ضمن ، لانه عرضه للاخذ . وان كان ثقة فهو كما لو استودع ثقة ثم سافر ، وقد بينا حكم من استودع ثم سافر) .

الشرح أم أيمن هى بركة بنت ثعلبة بن عمرو مولاة رسول الله صلى الله عليه وسلم ورثها عن أبيه وهى أم أسامة بن زيد حب رسول الله صلى الله عليه وسلم وابن حبه تزوجها زيد بن حارثة بعد أبى أيمن وكان حبشياً ، وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : « أم أيمن أمى بعد أمى » هاجرت بعد رسول الله ﷺ مع عائشة وأسماء وزيد وأسامة ، وأدركت المدينة والمسجد يبنى وقد عطشت وهى مهاجرة فنزل لها دلو من السماء فشربت فما ظمئت بعد ذلك أبداً ، وكانت تقول : ما أصابنى بعد ذلك عطش ، ولقد تعرضت للعطش فى الصوم فى الهواجر فما عطشت

والخبر وإن كان شائعاً فى كتب الفقه ، إلا أنه غير موجود فى الكتب الستة ؛ وليس فى مسند أحمد أو سنن الدارمى أو سنن الدارقطنى أو موطأ مالك ؛ وليس فى مجمع الزوائد للهيثمى . وليس فى أمهات فقه الحديث كنيل الأوطار وسبل السلام، وليس فى شىء من كتب تراجم الصحابة كالاستيعاب وسير أعلام النبلاء . وليس فى كتب السير إلا ما فى ابن هشام بلاغاً أن ابن إسحاق قال : بلغنى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لما هاجر جعل عليا على الودائع ولم يذكر شيئاً عن أم أيمن رضى الله عنها .

وقال الحافظ ابن حجر فى التلخيص الحبير : روى أنه صلى الله عليه وسلم كانت عنده ودائع فلما أراد الهجرة سلمها إلى أم المؤمنين وأمر عليا بردها قال : أما تسليمها إلى أم المؤمنين فلا يعرف ، بل لم تكن عنده فى ذلك الوقت إن كان المراد بها عائشة فقد كان قد تزوج سودة بنت زمعة قبل الهجرة فإن صح فيحتمل أن تكون هى، أما أمره عليا بردها فرواه ابن إسحق بسند قوى فذكر حديث الخروج إلى الهجرة قال : فأقام على بن أبى طالب خمس ليال وأياما حتى أدى عن النبى صلى الله عليه وسلم الودائع التى كانت عنده للناس ا هـ قلت ولعل الصواب هو الذى ذكره المصنف من أنها أم أيمن فصحفها النساخ إلى أم المؤمنين والله تعالى أعلم بالصواب .

أما الأحكام فإنها تشتمل على ما يأتى :

(أولا) يجب على الوديع إذا أزمع السفر أن يردها . فإن لم يجد ربها فوكيله وإلا سلمها إلى الحاكم . قال الشافعى فى الأم « فإن كان المستودع حاضراً أو وكيله لم يكن له أن يسافر حتى يردها إليه أو إلى وكيله ، أو يأذن له أن يودعها من رأى فإن فعل فأودعها من شاء فهلكت ضمن » وقال الشافعى أيضا « إذا استودع الرجل الرجل وديعة وأراد المستودع سفراً فلم يثق بأحد يجعلها عنده فسافر بها براً أو بحراً فهلكت ضمن . وكذلك لو أراد سفراً فجعل الوديعة فى بيت مال المسلمين فهلكت ضمن » ا هـ ؛

(قلت) وهذا واضح من كلام المصنف أن الحاكم لا ولاية له مع وجود المالك .

(ثانيا) إذا لم يقدر على ردها أو إيداعها عند الحاكم فقد قال الشافعى « وإن كان غائباً فأودعها من يودع ماله ممن يكون أميناً فهلكت لم يضمن ، فإن أودعها من يودع ماله ممن ليست له أمانة فهلكت ضمن » ثم قال « لأنه يجوز أن يوكل بماله غير أمين ، ولا يجوز له أن يوكل بأمانته غير أمين » اهـ .

(ثالثا) إذا أودعها أميناً مع وجود الحاكم فعلى الوجهين :

(أحدهما) وهو ظاهر النص الذى أسلفنا نقله : لا يضمن ، وبه أخذ أبو إسحاق المروزى .

(والثانى) وهو ظاهر قول الشافعى فى الرهن حيث يقول « وإذا أراد العدل الذى عليه الرهن الذى هو غير الراهن والمرتهن رده بلا علة أو لعلة والمرتهن والراهن حاضران فله ذلك وإن كانا غائبين أو أحدهما لم يكن له إخراجه من يدى نفسه ، فإن فعل بغير أمر الحاكم فهلك ضمن ، وإن جاء الحاكم ـ فإن كان له عذر ـ أخرجه من يديه . وذلك أن يبدو له سفر أو يحدث له ، وإن كان مقيما لشغل أو علة ، وإن لم يكن له عذر يحبسه إن كان قريباً حتى يقدما أو يوكلا ، فإن كانا بعيداً لم أر عليه أن يضطره إلى حبسه ، وإنما هى وكالة وكل بها بلا منفعة له فيها ، ويسأله ذلك فإن طابت نفسه بحبسه وإلا أخرجه إلى عدل غيره » اهـ .

ولأن أمانة الحاكم أمر قطعى وأمانة غيره كالأمين أمر ظنى والقطعى مقدم على الظنى ، كالنص يرد الاجتهاد .

(رابعاً) وإن أراد السفر بها وقد نهاه المالك عن ذلك ضمنها لأنه مخالف لصاحبها ، وإن لم يكن نهاه لكن الطريق مخوف أو البلد الذى يسافر إليه مخوف ضمنها لأنه فرط فى حفظها ، وإن لم يكن كذلك فله السفر بها عند أحمد وأبى حنيفة سواء كان به ضرورة إلى السفر أو لم يكن .

وقال الشافعى : إن سافر بها مع القدرة على صاحبها أو وكيله أو الحاكم أو أمين ضمنها لأنه يسافر بها من غير ضرورة ، أشبه ما لو كان السفر مخوفا .

دليلنا : أنه متى سافر بها مع القدرة على مالكها أو نائبه أو الحاكم بغير إذنه فهو مفرط عليه الضمان ، لأنه يفوت على صاحبها إمكان استرجاعها ، ويخاطر بها لأن النبى صلى الله عليـه وسلم روى عنه أنه قال « لـو علم الناس رحمة الله بالمسافر لأصبح الناس وهم على سفر ، إن المسافر ورحله على قلت ، إلا ما وقى الله »

أخرجه السلفى فى أخبار أبى العلاء المعرى قال : أنا الخليل بن عبـد الجبار أنا أبو العلا أحمد بن سليمان المعرى بها ثنا أبو الفتح أحمد بن الحسن ابن روح ثناخيثمة بن سليمان ثنا أبو عقبة نابشير بن زاذان الدارسى عن أبى علقمة عن أبى هريرة قال : قال رسول الله ﷺ الحديث . والقلت الهلاك قال : الحافظ ابن حجر أخرجه أبو منصور الديلمى فى مسند الفردوس من هذا الوجه من طريق المعرى وكذا ذكره أبو الفرج المعافى القاضى النهروانى فى كتاب الجليس والأنيس له بعد أن ذكره مرفوعاً إلى النبى صـلى الله عليه وسلم لكن لم يسق له إسناداً أورده فى المجلس الخامس والعشرين عقب قول كثير .

بغاث الطير أكثرها فراخاً وأم الصقر مقلات نزور

قال : المقلات التى لا يعيش لها ولد ثم قال : وقد أنكره النووى فى شرح المهذب فقال : ليس هذا خبراً عن النبى صلى الله عليه وسلم وإنمـا هو من كلام بعض السلف قيل : إنه على بن أبى طالب . قلت : وذكره ابن قتيبة فى غريب الحديث عن رجل من الاعراب والله تعالى أعلم بالصواب .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل وان حضره الموت فهو بمنزلة من حضره السفر ، لأنه لا يمكنه الحفظ مع الموت بنفسه . كما لا يمكنه الحفظ مع السفر ، وقد بينا حكمه ؛ وان قال فى مرضه : عندى وديعة ووصفها ، ولم يوجد ذلك فى تركته ، فقد اختلف أصحابنا فيه ، فقـال ابو اسـحاق : لا يضرب المقر له مع الغـرماء بقيمتها ، لان الوديعة امانة فلا يضمن بالشك ، ومن اصحابنا من قال : يضرب المقر له بقيمتها مع الغرماء وهو ظاهر النص ، لأن الأصل وجوب ردها ، فلا يسقط ذلك بالشك) .

الشرح قوله : لا يضرب المقر له . قال ابن بطال : مأخوذ من الضارب الذى يضرب بالقداح ، وهو الموكل بها ، ومثله الضَرِب والجمع الضرباء ، لأنه يضرب مع الغرماء بسهم .

أما الأحكام فقد قال المصنف : إن حكم الميت حكم المسافر ، وقد مضى فى الفصل قبله . أما إذا قال فى مرض الموت : عندى وديعة ثم وصفها ، فلما مات لم توجد فى تركته فقد اختلف فيه أصحابنا ، فقد ذهب أبو إسحاق المروزى إلى أنها أمانة لا يجوز أن يسقط الائتمان فيها بالشك ومن ثم لا يضرب مالكها مع الغرماء ، ومنهم من قال بظاهر النص فى مختصر المزنى حيث يقول الشافعى « وإذا استودع الرجل الوديعة فمات المستودع وأقر بالوديعة بعينها ، أو قامت عليها بينة ـ وعليه دين يحيط بماله ـ كانت الوديعة لصاحبها ، فإن لم يعرف الوديعة بعينها ببينة تقوم ولا إقرار من الميت ، وعرف لها عدد أو قيمة كان صاحب الوديعة كغريم من الغرماء » قلت : وذلك أقيس ، لأن الله تعالى أمر برد الأمانات إلى أهلها فكان ردها واجباً ، ولا يرد الواجب بمجرد الشك .

فرع إذا أوصى وصيته كتابة وبين فيها وصف الوديعة ووجدت مطابقة لوصفه كانت الوصية بمثابة بينة لصاحبها إذا كان تحريرها مؤرخا فى تاريخ قريب من يوم موته ، فإن كانت فى تاريخ بعيد نظرت ، فإذا ظهر احتمال كون شرائها من مالكها أو وجدت مبايعة محررة بتاريخ لاحق بطلب الوصية واعتبرت المبايعة . أما إذا وضعها فى حرز أو ظرف وكتب عليها اسم صاحبها ، فلا تعد هذه الكتابة بينة لمالكها ، لأنه يحتمل أن يكون الظرف أو الحرز لوديعة قبل هذه ، أو كانت وديعة فابتاعها .

فرع إذا وجد بين أوراق الميت بيان بأن لفلان عندى وديعة لم يلزمه بذلك لجواز أن يكون قد ردها ونسى أن يضرب على ما كتب ، أو غير ذلك .

فرع قال الشافعى : وإذا مات الرجل وعليه دين معروف وقبله وديعة بعينها فإن أبا حنيفة يقول : جميع ما ترك بين الغرماء وصاحب الوديعة

بالحصص وكذلك قال ابن أبى ليلى ثم ساق رواية أبى حنيفة عن إبراهيم مثله ؛ ورواية الحجاج بن أرطاة عن عطاء وإبراهيم مثله .

فـــرع إذا ترك الوديع الوصية عند الاشراف على الموت ـ والوصية كما ستأتى إن شاء الله تعالى مفصلة .. أن يعلم بها القاضى أو الأمين عند عدم وجود القاضى مع ذكر صفاتها إن كانت غائبة ، أو الإشارة إليها إن كانت حاضرة مع الأمر بردها إلى المالك أو وكيله فوراً ، وعلى الوديع إذا مرض مرضاً مخوفاً أن يبادر بردها إلى ربها أو وكيله فإن لم يقدر ردها إلى الحاكم العادل إن وجده ، أو يوصى بها من ذكرنا ، فإن لم يكن حاكم ردها إلى أمين ، فإن لم يفعل ضمنت فى تركته ، وكذا لو أوصى بها إلى فاسق ضمن ، وقد ذهب السبكى إلى الضمان إذا تلفت بعد الموت لا قبله وكان لم يوص أو يودع كما أسلفنا . وذهب الاسنوى إلى أنه يصير ضامنا بمجرد المرض حتى لو تلفت بآفة سماوية لتفريطه فى ردها ومحل هذا كله عند التمكن منه إن بالرد أو الإيداع أو الوصية ، أما موت الفجاءة أو الغيلة فلا .

فـــرع قال الشافعى رضى الله تعالى عنه فى الأم : وإذا أودع الرجل الرجل الوديعة فاستودعها المستودع غيره ضمن إن تلفت لأن المستودع رضى بأمانته لا أمانة غيره ولم يسلطه على أن يودعها غيره وكان متعديا ضامنا إن تلفت وإذا مات الرجل وعليه دين معروف وقبله وديعة بغير عينها فإن أبا حنيفة رضى الله تعالى عنه كان يقول : جميع ما ترك بين الغرماء وصاحب الوديعة بالحصص وبهذا يأخذ وكان ابن أبى ليلى يقول : هى للغرماء وليس لصاحب الوديعة لأن الوديعة شيء مجهول ليس بشيء بعينه . وقال أبو حنيفة فإن كانت الوديعة بعينها فهى لصاحب الوديعة إذا علم ذلك وكذلك قال ابن أبى ليلى .

أبو حنيفة عن حماد عن إبراهيم أنه قال فى الرجل يموت وعنده الوديعة وعليه دين « أنهم يتحاصون الغرماء ، وأصحاب الوديعة » الحجاج بن أرطأة عن أبى جعرو عطاء مثل ذلك . الحجاج عن الحكم عن إبراهيم مثله ثم قال

الشـــافعي رضى الله عنه : وإذا استودع الرجــل الرجــل الوديعة فمات المستودع وأقـــر بالوديعة بعينها أو قامت بينة وعليه دين محيط بما لـــه كانت الوديعة لصاحبها فإن لم تعرف الوديعة بعينها بينة تقوم ولا إقــرار من الميت وعرف لها عدد أو قيمة كان صاحب الوديعـــة كغريم من الغـــرماء (الأم جـ ٧ ص ١٠٦ الأميرية) .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصــــل وان اودع الوديعة غيره من غير ضرورة ضمنها لأن المودع لم يرض بامانة غيره ، فان هلكت عند الثانى جاز لصاحبها أن يضمن الأول ، لأنه سلم ما لم يكن له تسليمه وله ان يضمن الثانى ، لأنه اخذ ما لم يكن له اخذه كان ضمن الثانى نظرت ـ فان كان قد علم بالحال ـ لم يرجع بما ضـــمنه على الأول ، لأنه دخل على أنه يضمن فلم يرجع . فان لم يعلم ففيه وجهان .

(احدهما) أنه يرجع لأنه دخل على أنه امانة . فاذا ضمن رجع على من غره .

(والثانى) انه لا يرجع . لأنه هلك في يده فاستقر الضمان عليه فان ضمن الأول ـ فان قلنا : ان الثانى اذا ضمن يرجع على الأول ـ لم يرجـــع الأول عليه ، وان قلنا انه لا يرجع رجع الأول عليه . فأما اذا استعان بغيره فى حملها ووضعها فى الحرز . او سقيها أو علفها . فانه لا يضمن . لأن العادة قد جرت بالاستعانة ولأنه ما اخرجها عن يده ولا فوض حفظها الى غيره) .

الشرح قوله : يضمن الأول ـــ من ضمن يضمن بتضعيف الميم لتتعدى إلى مفعولين ومعناها ألزمه بالضمان . وقال بعض الفقهاء : الضمان مأخوذ من الضم . وهو غلط من جهة الاشتقاق . لأن نون الضمان أصلية . وضمنت الشيء كذا جعلته محتويا عليه هكذا ذكر الفيومى فى المصـــباح .

اما الأحكام فقد قال المزنى : قال الشافعى : وإذا أودع الرجل الوديعة فاستودعها غيره ضمن إن تلفت . لأن المستودع رضى بأمانته لا أمانة غيره ولم يسلطه على أن يودعها غيره وكان متعديا ضامنا إن تلفت وكذلك قال الربيع بن سليمان قال الشافعى : إذا استودع الرجل الرجل الوديعة وأراد المستودع سفراً فلم يثق بأحد يجعلها عنده فسافر بها براً أو بحراً فهلكت

ضمن ، وكذلك لو أراد سفراً فجعل الوديعة فى بيت مال المسلمين فهلكت ضمن وكذلك إن دفنها ولم يعلم بها أحداً يأمنه على ماله فهلكت ضمن اهـ .

(قلت) للايداع لدى غيره صورتان : (إحداهما) أن يودعها غيره لغير عذر فعليه الضمان بغير خلاف فى المذهب . وهو قول شريح ومالك وأحمد وأصحابه وأبى حنيفة وأصحابه وإسحاق بن راهويه ، وقال ابن أبى ليلى لا ضمان عليه ، لأن عليه حفظها وإحرازها وقد أحرزها عند غيره وحفظها به ، ولأنه يحفظ ماله بإيداعه ، فإذا أودعها فقد حفظها بما يحفظ به ماله فلم يضمنها ، كما لو حفظها فى حرزه . دليلنا أنه خالف المودع فضمنها . كما لو نهاه عن إيداعها ، فإنه أمره بحفظها بنفسه ولم يرض لها غيره .

إذا ثبت هذا فإن له تضمين الأول وليس للأول الرجوع على الثانى لأنه دخل معه فى العقد على أنه أمين لا ضمان عليه ، فإن أحب المالك تضمين الثانى كان له ذلك . وقال أبو حنيفة ليس له تضمين الثانى . وهذا هو ظاهر كلام أحمد إذا ذكر الضمان على الأول فقط .

دليلنا أنه أخذ ما لم يكن له أخذه ، فإذا استعمل المالك حقه وضمنه ، فإن لم يكن يعلم — أعنى الوديع الثانى — بأن هذه الوديعة ليست لمن أودعها إياه ففى رجوع الثانى على الأول وجهان :

(أحدهما) أنه يرجع عليه لأنه غره ولم يوضح له الأمر .

(والثانى) لا يرجع لأنها تلفت فى يده فاستقر الضمان عليه ، فإن قلنا بالوجه الأول برجوع الثانى على الأول فليس للأول أن يرجع عليه . وإن قلنا بالوجه الثانى رجع عليه وإن كان يعلم فلم يغرر به الأول فليس له الرجوع عليه وجهاً واحداً .

فرع . للوديع أن يعين للوديعة إن كانت ماشية من يقوم على رعيها وسقيها ، فإن كانت تحتاج إلى حمل أو تنظيف أو صيانة فعهد بذلك لمن يقوم به مما جرى العرف ولا يعد هذا إيداعاً لغيره وسيأتى مزيد له .

فـــرع قال ابن حزم في المحلى :

مسـألة فرض على من أودعت عنده وديعة حفظها وردها إلى صاحبها إذا طلبها منه لقول الله تعالى (وتعاونوا على البر والتقوى) ولقوله تعـالى (إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلهـا) ومن البر حفظ مال المسلم أو الذمي ، وقد صح نهي رسول الله صلى الله عليه وسلم عن إضاعة المال وهذا عموم لمال المرء ومال غيره .

مسـألة فإن تلفت من غير تعد منه ولا تضييع لها فلا ضمان عليه فيهـا لأنه إذا حفظها وله يتعد ولا ضيع فقد أحسن والله تعالى يقول (ما على المحسنين من سبيل) ولقول رسول الله صلى الله عليه وسلم (إن دماءكم وأموالكم عليكم حـرام) فمال هذا المودع حرام على غيره ما لم يوجب أخذه منه نص ، وقد صح عن عمر بن الخطاب تضمين الوديعة وروى عنه وعن غيره ألا تضمن ا هـ .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل وان اودعه دراهم فخلطها بمثلها من ماله ضمن ، لان صاحبها لم يرض ان يخلط ماله بمال غيره ، فان خلطها بدراهم لصاحب الدراهم ففيـه وجهان : (احدهما) لا يضمن ، لان الجميع له . (والثانى) انه يضمن وهو الاظهر ، لانه لم يرض ان يكون احدهما مختلطا بالآخر . وان اودعه دراهم فى كيس مشدود فحله او خرق ما تحت الشد ضمن ما فيه ، لانه هتك الحـرز من غير عذر ، وان أودعه دراهم فى غير وعاء فاخذ منها درهما ضمن الدراهم لانه تعدى فيه ولا يضمن الباقى لانه لم يتعد فيه ، فان رد الدرهم فان كان متميزا بعلامة لم يضمن غيره ، وان لم يتميز بعلامة فقد قال الربيع يضـمن الجميع ، لانه خلط المضمون بغيره فضمن الجميع . والمنصوص انه لا يضمن الجميع ، لان المالك رضى ان يختلط هذا الدرهم بالدراهم فلم يضمن . فان انفق الدرهم ورد بدله ، فان كان متميزاً عن الدراهم لم يضمن الدراهم لانها باقية كما كانت ، وان كانت غير متميزة ضمن الجميع لانه خلط الوديعة بمالا يتميز عنها فضمن الجميع) .

الشرح الأحكام : إذا خلط دراهمه بمثلهـا مـن دراهمه ضمن عندنا ، وبهذا قال الشافعي وأحمد وأصحاب الرأي . وقال مالك : لا يضمن

قال ابن القاسم من المالكية : إن خلط دراهم بدراهم على وجه الحرز لم يضمن .

قال فى الأم : ولو أودعه عشرة دراهم فتعدى منها فى درهم فأخرجه فأنفقه ثم أخذه فرده بعينه ثم هلكت الوديعة ضمن الدرهم ولا يضمن التسعة لأنه تعدى بالدراهم ولم يتعد بالتسعة . وكذلك إن كان ثوباً فلبسه ثم رده بعينه ضمنه وقال الربيع : قول الشافعى : إن كان الدرهم الذى أخذه ثم وضع عينه معروفاً من الدراهم ضمن عينه ولم يضمن التسعة . وإن كان لا يتميز ضمن العشرة . انتهى من الأم ، ولم أطلع على قول الربيع الذى أشار إليه الشيخ أبو إسحاق .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل فان اودعه دابة فلم يسقها ولم يعلفها حتى ماتت ضمنها ؛ لانها ماتت بسبب تعدى به فضمنها ، وان قال لا تسقها ولا تعلفها فلم يسقها ولم يعلفها حتى ماتت ففيه وجهان . قال ابو سعيد الاصطخرى : يضمن لانه لا حكم لنهيه ، لانه يجب عليه سقيها وعلفها ، فاذا ترك ضمن كما لو لم ينه عن السقى والعلف وقال ابو العباس وابو اسحاق : لا يضمن . لان الضمان يجب لحق المالك ، وقد رضى باسقاطه .

الشرح الأحكام ، قال الشافعى فى الأم : وإذا أودع الرجل الرجل الدابة فأمره بسقيها وعلفها ، أمر بذلك من يسقى دوابه ويعلفها فتلفت من غير جناية لم يضمن ، وإن كان سقى دوابه فى داره فبعث بها خارجاً من داره ضمن . قال : وإذا استودع الرجل الرجل الدابة فلم يأمره بسقيها ولا علفها فحبسها المستودع مدة إذا أتت على مثلها لم تأكل ولم تشرب تلفت فتلفت فهو ضامن . وإن كانت تلفت فى مدة قد تقيم الدواب فى مثلها ولا تتلف فتلفت لم يضمن ممن تركها وإذا دفع إليه الدابة وأمره أن يكريها ممن يركبها بسرج فأكراها ممن يحمل عليها فعطبت ضمن ولو أمره أن يكريها ممن يحمل عليها تبناً فأكراها ممن يحمل عليها حديداً فعطبت ضمن ولو أمره أن يكريها ممن يحمل عليها حديداً فأكراها ممن يحمل عليها تبناً بوزنه ضمن لأنه يفترش عليها من التبن ما يعم فيقتل .

(قلت) فإذا أودعه بهيمة فأمره بعلفها وسقيها كان ذلك واجباً لوجهين : (الأول) لحرمة صاحبها (والثانى) لحرمة البهيمة لحديث « دخلت امرأة النار فى هرة » وإن لم يأمره بقيت فى ذمته حرمة البهيمة ، كما لو أطلق ولم يأمره . وبهذا قال أحمد والشافعي . وقال أبو حنيفة : لا يلزمه لأنــه استحفظه إياها ولم يأمره بعلفها والعلف على مالكها ، فإذا لم يعلفهــا كان التفريط من مالكها .

دليلنا أنه لا يجوز له إتلافها أو التفريط فيها ، فإذا أمره بحفظها تضمن الأمر علفها وسقيها .

فان قدر المستودع على صاحبها أو وكيله طالبه بالإنفاق عليها أو يردهــا عليه أو يأذن له فى الانفاق عليها ليرجع به عليه . فإذا عجز عن صاحبها أو وكيله رفع الأمر الحاكم ، فإن وجد لصاحبها مالا أنفق عليها منه ، وإن لم يجد مالا فعل ما يرى لصاحبها الحظ فيه من إجارتها أو بيع جزء منها فإن تعذر عليه ، علفها وأشهد على ذلك ليرجع به عليه ، فإذا نهاه عن إطعامها لتخمة حاصلة لها فأطعمها فتلفت ضمن بالتعدى والمخالفة لعلمه بعلة النهى . وبهذا قال أحمد وأصحابه . وقال بعضهم يضمن مطلقا .

أما إذا نهــاه عن إطعام بهيمة سليمة فإنه لا يضمن إذا تلفت ، وعليــه إثم ترك إطعامها ، لأن الضمان يجب لحق المالك وقد أسقطه ، وهو قــول أبى العباس بن سريج وأبى إسحاق المروزى وقال أبو سعيد الاصطخرى : يضمن إذ لا حكم لنهيه عما أوجبه الله من حرمة البهيمة . وقال الزركشى « لو كانت الدابة ملكا لغيره ، كأن أودع الولى حيوان محجوره فيشبه أن نهيه كالعدم . قال الشافعى : وإذا أودع الرجل الرجل شيئا من الحيــوان ولم يأمره بالنفقة عليه انبغى له أن يرفعه إلى الحاكم حتى يأمره بالنفقة عليه ويجعله ديناً على المستودع ، ويوكل الحاكم بالنفقة من يقبضها منه وينفقها غيره لئلا يكون أمين نفسه أو بيعها ، وإن لم يفعل فأنفق عليها فهو متطوع ولا يرجع عليه بشىء ، وإذا خاف هلاك الوديعة فحملها إلى موضع آخــر فلا يرجع بالكراء على رب الوديعة لأنه متطوع . ا هـ

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل اذا اخرج الوديعة من الحرز لمصلحة لها ، كاخراج الثيـــاب للتشرير لم يضمن ، لأن ذلك من مصلحة الوديعـــة ، ومقتضى الايداع ، فلم يضمن به ، وان اخرجها لينتفع بها ضمنها ، لأنه تصرف فى الوديعة بما ينافى مقتضاها فضمن به . كما لو احرزها فى غير حرزها ، فان كان دابة فاخرجها للسقى والعلف الى خارج الحرز ، فان كان المنزل ضيقاً لم يضمن لأنه مضطر الى الاخراج ، وان كان المنزل واسعاً ففيه وجهان .

(احدهما) يضمن ، وهو المنصوص ، وهو قول أبى سعيد الاصطخرى . لأنه اخرج الوديعة من حرزها من غير حاجة فضمنها ، كما لو اخرجها ليركبها . (والثانى) انه لا يضمنها . وهو قول ابى اسحاق ، لأن العادة قدجرت بالسقى والعلف خارج المنزل ، وحمل النص عليه اذا كان الخارج غير آمن . وان نوى اخراجها للانتفاع كاللبس والركوب او نوى ان لا يراها على صاحبها ، ففيـه ثلاثة اوجه : (احدها) وهو قول ابى العباس انه يضمن كما يضمن اللقطـة اذا نوى تملكها . (والثانى) : وهو قول القاضى أبى حامد المروروذى انه ان نوى اخراجها للانتفاع بها لم يضمن . وان نوى ان لا يردها ضمن ، لأن بهذه النية صار ممسكا لها على نفسه ، وبالنية الأولى لا يصير ممسكا على نفسه . (والثالث) : وهو قول اكثر اصحابنا انه لا يضمن ؛ لأن الضمان انما يكون بفعل يوقع فى العين ، وذلك لم يوجد) .

الشرح الأحكام : هناك بعض الودائع لا تحفظ إلا بتعريضهـــا للهواء أو الشمس فى بعض الأوقات مع عدم المبالغة حتى لا يحول لونهـــا لتأثير الهواء والشمس على ألوان النسيج وغيرهما كما هو مشاهد ومعروف فى علم الكيمياء حتى إن الضوء له تأثير على الألوان ، فإذا شررها ــ أى نشرها ــ بغرض حفظها فتلفت أو حالت ألوانها لم يضمن ، وإذا بسط السجاد واستعمله حتى لا يتلف بتخزينه كان له استعمالهـــا استعمالا يحفظهـــا ، فإن هلكت فلا يضمن لأنه إذا أهملها تلفت ، ولأن ذلك مـــن مصلحتهـــا فلم يضمن

وقال بعض أصحابنا : لا يضمن إلا إذا تحقق أن الســـارق دله على الموضع بعض من دخل أولا أو دله عليها وإن لم يحدد موضعها ، فله إخراجها ليركبها أو كان ثوبا ليلبسه ضمن ، أو نوى أن لا يردها على صاحبها فعلى ثلاثة أوجه :

(أحدها) وهو قول ابن سريج أنه يضمن ، لأنه نوى امتلاكها ، كما لو التقط شيئاً ونوى امتلاكه (والثانى) وهو قول الشيخ أبى حامد إنه لا يضمن فى الانتفاع ويضمن فى عدم الرد (والثالث) وهو قول أكثر الأصحاب أنه لا يضمن لأن نية الامتلاك لا تؤثر فى عين الوديعة .

فرع قال ابن حزم فى المحلى : وصفة حفظها أن يفعل فيها من الحفظ ما يفعل بماله وألا يخالف فيها ما حد له صاحبها إلا أن يكون فيما حد له تعيين هلاكها فعليه حفظها لأن هذا هو صفة الحفظ وما عداه هو التعدى فى اللغة ومعرفة الناس وبالله التوفيق .

مسألة إذا لقى المودع من أودعه فى غير الموضع الذى أودعه فيه ما أودعه فليس له مطالبته بالوديعة ونقل الوديعة بالحمل والرد على المودع لا على المودع الغاصب والمتعدى فى الوديعة أو غيرها وأخذ المال بغير حق فرده على المتعدى والغاصب وأخذه بغير حق إلى صاحبه حيث لقيه من بلاد الله تعالى لأن فرضاً عليه الخروج من الظلم والمطل فى كل أوان ومكان وبالله التوفيق .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل وان اخذت الوديعة منه قهرا لم يضمن لانه غير مفرط فى ذلك وان اكره حتى سلمها ففيه وجهان ، بناء على القولين فيمن اكره حتى اكل فى الصوم (احدهما) : انه يضمن ، لانه فوت الوديعة على صاحبها لدفع الضرر عن نفسه ، فاشبه اذا انفقها على نفسه لخوف التلف من الجوع . (والثانى) : انه لا يضمن لانه مكره فاشبه اذا اخذت بغير فعل من جهته .

فصل وان طالبه المودع برد الوديعة فاخر من غير عذر ضمن لانه مفرط فان اخرها لعذر لم يضمن لانه غير مفرط .

فصل وان تعدى فى الوديعة فضمنها ثم ترك التعدى فى الوديعة لم يبرا من الضمان لانه ضمن العين بالعدوان فلم يبرا بالرد الى المكان ، كما لو غصب من داره شيئاً ثم رده الى الدار ، فان قال المودع ابراتك من الضمان او اذنت لك فى حفظها ففيه وجهان : (احدهما) : يبرا من الضمان وهو ظاهر النص ، لأن الضمان يجب لحقه فسقط باسقاطه . (والثانى) لا يبرا حتى يردها

اليه ، لأن الابراء انما يكون عن حق فى الذمة ، ولا حق له فى الذمة فلم يصح الابراء) .

الشرح الأحكام : فرق المصنف بين الأخذ منه قهراً وتسليمها للظالم قهراً فالأخذ قهراً بدون أن يسلم فيها حتى استطاع الظالم أن ينتزعها لم يضمن ، أما إذا أكره على تسليمها فسلمها ، فإن للمالك تضمينه على أصح الوجهين إذ لا فرق بين أن يسلمها مجبراً وبين أن يسلمها مختاراً ، ويرجع الوديع على الظالم بما غرمه كما يرجع المالك أيضاً ، وعلى الوجه الثانى : ليس للمالك تضمين الوديع ؛ لأنه أكره ويرجع المالك على الظالم فى كلا الحالين ، وهما مبنيان على الوجهين فيمن أكره فى الصوم على الأكل .

(أحدهما) لا يكون مفطرا .

(والثانى) يحكم بإفطاره . ويجب على الوديع إنكار الوديعة عن الظالم والامتناع عن إعلامه بها جهده ، فإن ترك ذلك مع القدرة ضمن ، ويجوز له أن يحلف على ذلك لحفظها ، ويجب عليه إذا أمكنته التورية أن يورى فإن لم يمكنه صرح لغير تورية منكرا لها وكفر عن يمينه .

فـــرع لا خلاف فى وجوب رد الوديعة على مالكها إذا طلبها لقوله تعالى : « إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها » ولقوله صلى الله عليه وسلم « أد الأمانة إلى من ائتمنك » يعنى عند طلبها ، ولأنها حق لمالكها لم يتعلق بها حق غيره فلزم أداؤها له كالمغصوب والدين الحال . فإن امتنع فتلفت ضمنها لأنه صار غاصبا لإمساكه مال غيره بغير إذنه ، أما إن طلبها فى وقت لا يمكن دفعها إليه لبعدها أو لمخافة فى طريقها أو للعجز عن حملها أو غير ذلك لم يكن متعديا بترك تسليمها لأن الله لا يكلف نفساً إلا وسعها ، فإن تلفت لم يضمنها لعدم عدوانه : فإذا قال : أمهلونى حتى أقضى صلاتى أو آكل لأنى جائع أو أنام فإنى ناعس أو ينهضم عنى الطعام فإنى ممتلىء أمهل بقدر ذلك .

فــرع فى مسألة رسول رب المال . إن الدافع يبرأ بمجرد الدفع

إليه ويصير الكلام بين رب المال وورثة رسوله ، فإن مات الرسول قبل الوصول أخذها من تركته وإن مات بعده فلا رجوع له وإن كان الرسول رسول من عنده المال فلا يبرأ إلا بوصوله لربه ببينته أو إقراره منه فإن مات قبل الوصول رجع مرسله فى تركته وإن مات بعده فلا رجوع وهى مصيبة نزلت بمن أرسله إن ادعى رب المال عدم الدفع له ولا بينة وصدق المودع (بالفتح) فى دعوى التلف والضياع كالرد أى كما يصدق فى دعواه أنه ردها لربها لأنه استأمنه عليها والأمين يصدق إلا لبينة توثق ، والحاصل : أن صاحب اليد المؤتمنة إن ادعى الرد على صاحب اليد الذى ائتمنه صدق ولا ضمان .

وأن الوارث إذا ادعى الرد على ربها أو على وارثه أو ادعى صاحب اليد المؤتمنة الرد على وارث ربها فلا يصدق ويضمن . هذا مذهب مالك وقالت المالكية : إن المودع مثلا إذا أرسل الوديعة مع رسوله إلى ربها بإذنه فأنكر ربها وصولها إليه ولا بينة لتشهد عليه بقبضها من الرسول فان الرسول يضمنها لتفريطه بعدم الإشهاد .

فـرع إذا تعدى فى الوديعة بأى من أنواع التعدى كجحودها ثم عاد فأقر بها انتقلت يده من الائتمان إلى الضمان ولو زالت أسباب ذلك بالإقرار فإنه يبقى على الضمان ولا يبرأ منه إلا بالرد وأن أقام البينة على تلفها بعد جحودها لم يسقط عنه الضمان ، فلو أقام البينة بتلفها قبل جحودها فهل تسمع بينته ؟ فيه وجهان (أحدهما) لا تسمع بينته لأنه مكذب لها بإنكاره الإيداع (والثانى) تسمع بينته ، فإذا أبرأه المودع من الضمان ، أو أذن له فى حفظها بعد ذلك فوجهان . (أحدهما) وهو ظاهر قول الشافعى : يبرأ من الضمان ، لأن الضمان وجب لحقه فسقط بإسقاطه له . (والثانى) : لا يبرأ حتى يردها على ربها لأن الإبراء لا يكون إلا عن حق فى الذمة فلم يصح .

فصل قال ابن حزم فى المحلى : فإن تعدى المودع فى الوديعة أو أضاعها فتلفت لزمه ضمانها ولو تعدى على بعضها دون بعض لزمه ضمان

ذلك البعض الذى تعدى فيه فقط لأنه فى الاضاعة أيضاً متعد لما أمر به ، والتعدى هو التجاوز فى اللغة التى نزل القرآن بها ، وبها خاطبنا رسـول الله صلى الله عليه وسلم والله يقول « فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم » فيضمن ضمان الغاصب فى كل ما ذكرنا فى حكم الغصب وبالله التوفيـق .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل اذا اختلف المودع والمودع فقال اودعتك وديعة وانكرها المودع فالقول قوله ، لما روى ابن عباس رضى الله عنه ان النبى صلى الله عليه وسلم قال : « لو أن الناس اعطوا بدعاويهم لادعى ناس من الناس دماء ناس واموالهم ولكن اليمين على المدعى عليه والبينة على من انكر » ولأن الأصل أنه لم يودعه فكان القول قوله .

فصـــل وان ادعى انها تلفت نظرت ، فان ادعى التلف بسبب ظاهـر كالنهب والحريق لم يقبل حتى يقيم البينة على وجود النهب والحريق ، لأن الأصل ان لا نهب ولا حريق ، ويمكن اقامة البينة عليها ، فلم يقبل قوله من غير بينة فان اقام البينة على ذلك او ادعى الهلاك بسبب يخفى فالقول قوله مع اليمين انها هلكت ، لان الهلاك يتعذر اقامة البينة عليه ، فقبل قـوله مع يمينه .

فصـــل وان اختلفا فى الرد فالقول قوله مع يمينه ، لانه اخـــذ العين لمنفعة المالك فكان القول فى الرد قوله . وان ادعى عليه انه اودعه فانكر الايداع فاقام المودع بينه بالايداع فقال المودع : صدقت البينة أودعتنى ، ولكنها تلفت أو رددتها لم يقبل قوله ، لانه صار خائناً ضامناً فلا يقبل قوله فى البراءة بالرد والهلاك ، فان قال : انا اقيم البينة بالتلف او الرد ففيه وجهان .

(احدهما) انها تسمع ، لانه لو صدقه المدعى ثبتت براءته ، فاذا قامت البينة سمعت . (والثانى) لا تسمع ، لانه كذب البينة بانكاره الايداع ، فاما اذا ادعى عليه انه اودعه فقال : ماله عندى شيء فاقام البينة بالايداع فقال : صدقت البينة اودعتنى ، ولكنها تلفت رددتها قبل قوله مع اليمين لانه صادق فى انكاره انه لا شيء عنده ، لانها اذا تلفت او ردها عليه لم يبق له عنده شيء والله اعلم) .

الشرح الحديث سبق وسبق تخريجه .

اما الأحكام فإنه إذا ادعى عليه أنه أودعه وديعة فقال : مالك عندى شيء أو لا تستحق على شيئاً فالقول قوله . فإذا أقام المالك البينة فأقر الوديع قائلا : صدقت بالبينة ولكنها تلفت ، أو قال : ولكنى رددتها إليك لم يقبل قوله ، لأنه خان بجحوده ، فلا يقبل قوله فى التلف أو الرد .

وقد جمع الأستاذ محمد الخضراوى من فقهائنا المعاصرين عناصر ذات فائدة فى أحكام دعوى الرد على المالك أو وارثه ، قال أثابه الله : وإذا ادعى الوديع رد الوديعة على من ائتمنه من مالك وحاكم وولى ووصى وقيم ، صدق بيمينه ، وإن أشهد عليه بها عند دفعها لأنه ائتمنه . أما لو ضمنها بتفريط أو عدوان فإنه لا يقبل دعواه ردها ، ويجرى ما ذكر فى كل أمين أو وكيل وشريك وعامل قراض وجاب فى رد ما جباه على الذى استأجره للجباية كما قاله ابن الصلاح وكل أمين ادعى الرد على الوديع إذا أودعه عند سفره ؛ لأنه ائتمنه بناء على أن للوديع الاسترداد إذا عاد من سفره ، وهو المعتمد بخلاف ما إذا ادعى الرد على المالك فإنه لا يصدق لأنه لم يأتمنه . ولا يصدق ملتقط الشيء ولا من ألقت عليه الريح ثوبا فى الرد إلى المالك ، لأنه لم يأتمنهما وضابط الذى يصدق بيمينه فى الرد هو كل أمين ادعى الرد على من ائتمنه إلا المرتهن والمستأجر فانهما يصدقان فى التلف لا فى الرد ، لأنهما أخذا العين لغرض أنفسهما .

قال ابن القاص وغيره : كل مال تلف فى يد أمين من غير تعد لا ضمان عليه إلا فيما إذا استسلف السلطان لحاجة المساكين زكاة قبل حلولها ، فتلفت فى يده ، فيضمنها لهم . وإذا ادعى الوديع الرد على غير من ائتمنه كوارث المالك ، أو ادعى وارث الوديع الرد للوديع منه لا من مورثه على المالك أو أودع عند سفره أمينا فادعى الأمين الرد على المالك طولب كل من ذكر ببينة بالرد على من ذكر ، إذ الأصل عدم الرد ولم يأتمنه .

أما إذا ادعى الوارث الرد من مورثه فإنه يصدق بيمينه ، وصرح به البغوى وقال الرافعى :وهو الوجه ، لأن الأصل عدم حصولها فى يده . وقال ابن أبى الدم أنه الأصح ، وخالف فى ذلك المتولى وقال : يطالب بالبينة .

ولو تنازع الوديعة بأن ادعى كل منهما أنه ملكه ، فصدق الوديع أحدهما بعينه فللآخر تحليفه ، فإن حلف سقطت دعوى الآخـر ، وإن نكل خلف الآخـر وغرم له الوديع القيمة ، وإن صدقهما فاليد لهما والخصومة بينهما ، وإن قال : هى لأحدكما ونسيته ، وكذباه فى النسـيان ضـمن كالغاصب ، والغاصب إذا قال : المغصوب لأحدكما وأنسيته ، فحلف أحدهما على البت أنه لم يغصبه تعين المغصوب للآخر بلا يمين .

ولو ادعى الوارث علم الوديع بموت المالك ، وطلب منـه الوديعة فله تحليفه على نفى العلم بذلك ، فإن نكل الوارث أخذها ، وإن قال الوديع : حبستها عندى لأنظر هل أوصى بها مالكها أم لا ؟ فهو متعد ضامن .

فائدة قال فى الشرح الصغير من كتب المالكية : إن تنازع الوديعة شخصان فقال المودع (بالفتح) هى لأحدكما ونسيته قسـمت بينهما إن حلفا أو نكلا ، وقضى للحالف على الناكل وإن أودع شخصين وغاب المودع بالكسر وتنازعا فيمن تكون عنده جعلت بيد الأعدل والضمان عليه إن فرط ، فإن تساويا فى العدالة قسمت بينهما إن قبلت القسمة وإلا فالقرعة ا هـ

مسـألة سئل الشيخ عز الدين عن رجل تحت يده وديعة ولم يعرف صاحبها وأيس من معرفته بعد البحث التام فقال : يصرفها فى أهم مصالح المسلمين ويقدم أهل الضرورة ومسيس الحاجة ، ولا يبنى بها مسـجداً ، ولا يصرفها إلا فيما يجب على الإمام العادل صرفها فيه ، وإن جهله فليسأل أورع العلماء بالمصالح الواجبة التقديم .

فـرع حكاه ابن حزم فى المحلى قال : والقول فى هلاك الوديعة أو فى ردها إلى صاحبها أو فى دفعها إلى من أمره صاحبها بدفعها إليه قول الذى أوذعت عنده مع يمينه سواء دفعت إليه ببينة أو بغير بينة لأن ماله محرم كما ذكرنا فهو مدعى عليه وجوب غرامة وقد حكم رسول الله صلى الله عليه وسلم بأن اليمين على من ادعى عليه وهو قول أبى حنيفة والشافعى وأبى سليمان .

وههنا خلاف فى مواضع : منها أن مالكا فرق بين الثقة وغير الثقة فرأى

أن لا يمين على الثقة وهذا خطأ لأن رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا أوجب اليمين على من ادعى عليه لم يفرق بين ثقة وغير ثقة ، والمالكيون موافقون لنا فى أن نصرانياً أو يهودياً أو فاسقاً من المسلمين معلن الفسق يدعى ديناً على صاحب من الصحابة رضى الله عنهم ولا بينة له وجبت اليمين على الصاحب ولا فرق بين دعوى جحد الوديعة أو تضييعها ، والمقرض مؤتمن على ما أقرض وعلى ما عومل فيه كما أن المودع مؤتمن ولا فرق ، وفرق أيضاً بين الوديعة ببينة وبينها إذا دفعت بغير بينة فرأى إيجاب الضمان فيها اذا دفعت بينة وهذا لا معنى له لأنه لم يأت بالفرق بين ذلك قرآن ولا سنة والأيمان لا تسقط والغرامة لا تجب إلا حيث أوجبها الله تعالى أو رسوله صلى الله عليه وسلم أو حيث أسقطها الله تعالى أو رسوله صلى الله عليه وسلم وفرق قوم بين قول المودع أهلكت الوديعة فصدقوه إما ببينة وإما بغير بينة وبين قوله : قد صرفتها إليك فألزموه الضمان وكذلك فى قوله : أمرتنى بدفعها إلى فلان فضمنوه .

قال أبو محمد : وهذا خطأ لم يأت بالفرق بين ذلك قرآن ولا سنة والوجه فى هذا هو أن ما قاله المودع مما يسقط به عن نفسه الغرامة . ولا تخرج عين الوديعة عن ملك المودع فالقول قوله مع يمينه ، لأن ماله محرم إلا بقرآن أو سنة سواء كانت الوديعة معروفة للمودع ببينة أو بعلم الحاكم أو لم تكن « ولا فرق بين شيء مما فرقوا بينه بآرائهم الفاسدة أما إذا ادعى المودع شيئاً ينقل به الوديعة عن ملك المودع إلى ملك غيره فإنه ينظر فإن كانت الوديعة لا تعرف للمودع إلا بقول المودع فالقول أيضاً قول المودع مع يمينه فى كل ماذكر له من أمره إياه ببيعها أو الصدقة بها أو بهبتها أو أنه وهبها له وسائر الوجوه ولا فرق لأنه لم يقر له بشيء فى ماله ولا بشيء فى ذمته لا بدين ولا بتعد ولا قامت له عليه بينة ولا بتعد حق وماله محرم على غيره . وأما إن كانت الوديعة معروفة العين للمودع ببينة أو بعلم الحاكم فإن المودع مدع نقل ملك المودع عنها فلا يصدق إلا ببينة وقد أقر حينئذ فى مال غيره بما قد منع الله تعالى منه إذ يقول (ولا تكسب كل نفس إلا عليها) فهو ضامن وبالله التوفيق .

فـــرع حكاه العلامة أبو البركات الدرديـــر المالكى فى الشرح الصغير إخراج المستشار الدكتور مصطفى كمال وصفى : الأموال المودعة إذا مكثت أعواماً عند المودع فتزكى بعد قبضها لكل عام حصر مدة إقامتهـــا عند الأمين وهذا معنى قولـــه « وتعددت بتعدده فى مودعه لا مغصـــوبة ومدفونة وضائعة » وقال العلامة الصـــاوى فى حاشـــيته : قـــوله (لكل عام مضى) أى مبتدئاً بالعام الأول فما بعده إلا أن ينقص الأخذ النصـــاب ، وما ذكره من تعدد زكاة المودعة بتعدد الأعوام هو المشهور ، ومقابلة مـــا روى عن مالك من زكاتها لعام واحد بعد قبضها لعـــدم التنمية ، وما رواه ابن نافع من أنه يستقبل بها حولا بعد قبضها ، وقوله : بعد قبضها ، ظاهره أنه قبل القبض لا يزكيهـــا وإنما تزكى بعد القبض ، واستظهر ابن عاشر أن المالك يزكيها كل عام وقت الوجوب من عنده ثم قال : فتكون الأقوال فيها أربعة مشهورها ما مشى عليـــه المصنف .

* * *

قال المصنف رحمه الله تعالى

كتـــاب العـــارية

العارية بتشديد الياء . يقال تعاوروا الشيء واعتوروه تداولوه . والعارية منه . والأصل فعلية بفتح العين . قال الأزهري : نسبة إلى العارة وهو اسم من الإعارة . يقال أعرته الشيء إعارة وعارة ، مثل أطعته إطاعة وطاعة ،وأجبته إجابة وجابة . وقال الليث : سميت عارية لأنها عار على طالبها ، وقال الجوهري مثله ، وبعضهم يقول : مأخوذة من عار الفرس إذا ذهب من صاحبه لخروجها من يد صاحبها وهو غلط ، لأن العارية من الواو ، لأن العـــرب تقول : هم يتعاورون العواري ويتعورونها بالواو إذا أعار بعضهم بعضاً . والعار وعار الفرس من الياء فالصحيح ما قال الأزهري ، وقد تخفف العـــارية في الشعر والجمع العواري بالتخفيف وبالتشديد على الأصل ، واستعرت منه الشيء فأعارنيه . والفقهاء يذهبون دائماً إلى الأخذ بقول الجوهري .

قال ابن قدامة : العـــارية إباحة الانتفاع بعين من أعيـــان المال مشتقة من عار الشيء إذا جاء . ومنه قيـــل للبطال عيار لتردده في بطالته ا هـ .

وهو كما أوضحنا خطأ لأنه من مادة أخـــرى ، وقال ابن بطال الركبي الشافعي : ومنه سميت العير لذهابهـــا وعودتها ، وهو خطأ كما قلنـــا ، وقال ابن الأثير مثله .

قلت : التحقيق أنها واوية فأصل عارية عورية بفتحـــات تخفف ياؤها وتشدد تحركت الواو وانفتح ما قبلها قلبت الفاً أو من العرو قال الشـــاعر :

وإني لتعروني لذكراك هزة   كما انتفض العصفور بلله القطر

فأصلها عاروة بوزن فاعولة قلبت الواو الثانية ياء لتطرفها والتـــاء في نية الانفصال فاجتمعت الواو واليـــاء وسبقت إحداهما بالسكون قلبت الواو

ياء وأدغمت الياء فى الياء هذا فى المشددة وأصل المخففة عاروة فاعلة أبدلت الواو ياء لتطرفها أما تعريفها الاصطلاحى عند الفقهاء فهو تمليك منفعة مؤقتة بلا عوض والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

الاعارة قربة مندوب اليها لقوله تعالى « وتعاونوا على البر والتقوى » وروى جابر رضى الله عنه قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : « ما من صاحب ابل لا يفعل فيها حقها الا جاءت يوم القيامة اكثر ما كانت بقاع قرقر تشتد عليه بقوائمها واخفافها ، قال رجل : يا رسول الله ما حق الابل ؟ قال : حلبها على الماء واعارة دلوها واعارة فحلها » .

فصل ولا تصح الاعارة الا من جائز التصرف فى المال ، فاما من لا يملك التصرف فى المال كالصبى والسفيه فلا تصح منه لأنه تصرف فى المال فلا يملكه الصبى والسفيه كالبيع .

فصل وتصح الاعارة فى كل عين ينتفع بها مع بقائها ، كالدور والعقار والعبيد والجوارى والثياب والدواب والفحل للضراب ، لما روى جابر رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم ذكر اعارة دلوها واعارة فحلها . وروى انس « ان النبى صلى الله عليه وسلم استعار من ابى طلحة فرساً فركبه » وروى صفوان « ان النبى صلى الله عليه وسلم استعار منه ادرعاً غزاة حنين » فثبت فى هذه الأشياء بالخبر وقسنا عليها كل ما كان ينتفع به مع بقاء عينه) .

الشرح الأصل فى العارية الكتاب والسنة والإجماع .

أما الكتاب فقوله تعالى (ويمنعون الماعون) روى عن ابن عباس وابن مسعود أنهما قالا : العوارى . وفسرها ابن مسعود فقال : القدر والميزان والدلو ، وقوله تعالى (وتعاونوا على البر والتقوى) .

وأما السنة فما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال فى خطبة الوداع « العارية مؤداة والدين مقضى والمنحة مردودة والزعيم غارم » أخرجه الترمذى وقال : حديث حسن غريب ، وروى صفوان بن أمية أن النبى صلى الله عليه وسلم « استعار منه أدراعا يوم حنين فقال : أغصباً يا محمد ؟ قال : بل عارية مضمونة ، رواه أبو داود وأحمد والنسائى والحاكم وأورد له شاهداً من حديث ابن عباس ، ولفظه « بل عارية مؤداة » وهو

الحديث الذى ساقه المصنف فى الفصل مختصراً وزاد أحمد والنسائى : « فضاع بعضها فعرض عليه رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يضمنها له فقال : أنا اليوم فى الإسلام أرغب » .

وفى رواية لأبى داود « إن الأدراع كانت ما بين الثلاثين إلى الأربعين » ورواه البيهقى عن أمية بن صفوان مرسلا ، وبين أن الأدراع كانت ثمانين ، ورواه الحاكم من حديث جابر بن عبد الله، وذكر أنها مائة درع، وأعل ابن حزم وابن القطان طرق هذا الحديث ، قال ابن حزم : أحسن ما فيها حديث يعلى بن أمية ، وقد سقناه فى الوكالة وسيأتى فى فصل جواز المعير الرجوع من تخريجه مزيد بعد قليل .

أما حديث جابر فى الفصل رواه أحمد ومسلم ، فقد استوفى الكلام عليه الإمام النووى فى كتاب الزكاة من المجموع .

وأما الإجماع فقد انعقد من الأمة كلها على أن العارية مندوب إليها لأنها من القربات وقد ذهبت الحنفية إلى وجوبها من المعير وأما القبول من المستعير فليس بركن استحساناً عند الثلاثة وفى قول زفر قبولها ركن وهو مقتضى القياس عندهم وهو اختيار صاحب البدائع .

وأما القياس فلأنه لما جازت الهبة بالأعيان جازت الهبة بالمنافع . ولذلك صحت الوصية بالأعيان والمنافع جميعاً ، لأنه سبحانه قال « لا خير فى كثير من نجواهم إلا من أمر بصدقة أو معروف أو إصلاح بين الناس » والعارية من المعروف ، وقال « وتعاونوا على البر والتقوى » والعارية من البر والماعون .

والماعون كان متعارفا عليه فى الجاهلية بأنه كل ما فيه منفعة من قليل أو كثير قال الأعشى :

بأجود منه بماعونة ... إذا ما سماؤهم لم تغم

وفى الإسلام الطاعة والزكاة والمعروف وأنشدوا للراعى

أخليفــة الرحمــن إنا معشر — حنفاء نســجد بكرة وأصيلا
عــرب نرى لله فى أموالنــا — حــق الزكاة منــزلا تنــزيلا
قوم على الإسلام لما يمنعوا — ما عونهم ويضــيعوا التهليلا

اما الأحكام فإن العارية تفتقر إلى ثلاثة أشياء : معير ومستعير ومعار ، فالمعير وهو كل من كان مالكا مطلق التصرف جاز أن يكون معيراً ، ولا يجوز من غير مالك ولا ممنوع من التصرف . وأما المستعير فكل من صح منــه قبول الهبة صح منه طلب العارية لأنها نوع من الهبة . وأما المعار فهو كل مملوك صح الانتفاع به مع بقاء عينه ، ولا يصح فيما لا ينتفع به مع بقاء عينه كالمأكولات ، لاختصاص العارية بالمنافع دون الرقاب وبيان حكم العقد فى موضعين (أحدهما) بيان أصل الحكم (والثانى) بيان صفته .

فأما الأول فهو إباحة المنفعة للمستعير بغير امتلاك وعنــد أبى حنيفة وأصحابه يملك المستعير المنفعة بغير عوض أما هو فانه ملحق بالمنفعة عرفــاً وعادة حتى إنه يملك المستعير الاجارة .

ودليلهم أن المعير سلطه على تحصيل المنافع وصرفها إلى نفسه على وجه زالت يده عنها .

والتسليط على هذا الوجه يكون تمليكاً لا إباحة كما فى الأعيان وإنمــا صح من غير أجل لأن بيان الأجل للتحرز عن الجهالة المفضية إلى المنــازعة (أنها عقد جائز غير لازم) .

ووجه قولنا دلالة الاجماع والمعقول (أما الاجماع) فلجواز العقــد من غير أجل ولو كان تمليك المنفعة لما جاز من غير أجل كالإجارة ، وكذا المستعير لا يملك أن يؤجر العارية ولو ثبت له الملك فى المنفعة لملك كالمستأجر (وأما المعقول) فهو أن القياس يأبى تمليك المنفعة لأن بيع المعدوم لانعدام المنفعة حالة العقد ، والمعدوم لا يحتمل البيع لأنه بيع ما ليس عند الإنسان .

وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عنه إلا أنها جعلت بوجوده عند

العقد في باب الاجـارة حكماً للضرورة ، ولا ضرورة إلى الاعارة فبقيت المنافع فيها على أصل العدم .

فأما الفضة والذهب فتنقسم ثلاثة أقسام : قسم يجوز إعارته وإجارته وهو الحلى لاباحة الانتفاع به مع بقاء عينه ، وقسم لا تجوز إعارته ولا إجارته، وهو الأوانى المحظور الانتفاع بها مع بقاء عينها ، وقسم تجوز إعارته ، وفى جواز إجارته وجهان وهو الدراهم والدنانير ، لأن فى التجمل بهما نفعاً ، والفرق بين العارية والإجارة وإن اختصا بملك المنفعة أن حـــكم العــارية أوسع من حكم الإجارة ، لأنه يجوز أن يستعير فحــل ضراب ولا يجــوز أن يستأجره .

والحيوان على أربعة أقسام (أحدها) ما يجوز إعارته وإجارته ، وهــو كل ما يقتنى للمنفعة ، كالدواب للانتفاع بظهــورها ، والجــوارح المنتفع بصيدها .

(والثانى) مالا يجــوز إعارته ولا إجارته ، وهــو نوعان (أحدهما) ما كان محرماً .

(والثانى) ما كانت منفعته عينا ، فأما المحرم الانتفاع به فالسباع والذئاب والكلاب غير المعلمة ، فلا يجوز أن تعار ولا أن تؤاجر ، وأما ما كانت منفعته عيناً فذات الدر من المواشى كالغنم فلا يجوز أن تعار ولا تؤاجر لاختصاص العارية والإجارة بالمنافع دون الأعيان ، ولكن يجوز أن تمنح .

قال الشافعى : والمنحة أن يدفع الرجل ناقته أو شاته إلى رجل ليحلبها ثم يردها فيكون اللبن ممنوحاً . وروى الشافعى عن مالك عن أبى الزناد عن الأعرج عن أبى هريرة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « المنحة أفضل الصدقة تغدو بأجر وتروح بأجر » .

(والقسم الثالث) ما يجوز إعارته ولا يجــوز إجارته كالفحــول إذ إجارتها ثمن لعسبها ، وقد نهى رســول الله صلى الله عليــه وسلم عن ثمن عسب الفحل .

(والقسم الرابع) ما تجوز إعارته ، وفى جواز إجارته وجهان ، وهــو ما انتفع به من كلاب الصيد والفحول لغير العسب ، وإذا صحت إعارة البهائم دون إجارتها فعلفها ومؤنتها على المالك دون المستعير والمستأجر ، لأن ذلك من حقوق الملك ، والله تعالى أعلم .

فــرع قال الإمام ابن حزم فى المحلى : العارية جائزة وفعل حسن وهى فرض فى بعض المواضع ، وهى إباحة منافع بعض الشيء كالدابة للركوب « والثوب للباس والفأس للقطع ، والقدر للطبخ ، والمقلى للقلو والدلو والحبل والرحى للطحن والإبرة للخياطة وسائر ما ينتفع به ، ولا يحل شيء من ذلك إلى أجل مسمى،لكن يأخذ ما أعار متى شاء ومن سألهــا إياه محتاجاً ففرض عليه إعارته إياه وثق بوفائه فإنه لم يأمنه على إضــاعة ما يســتعير أو على جمعه فلا يعره شيئاً . أما كونها فرضاً لقوله تعالى :

(ويمنعون الماعون) فتوعد عز وجل من منع الماعون بالويل روينا من طريق إسماعيل بن إسحاق القاضى نا حجاج بن المنهال نا حماد بن سلمة عــن عاصم بن بهدلة عن زر بن حبيش عن ابن مسعود فى قوله تعالى (ويمنعــون الماعون) قال : هو العوارى ، القدر ، والدلو ، والميزان ثم قال : ومن طريــق يحيى بن ســعيد القطان عن جابر بن صبح حدثتنى أم شراحيل قالت : قالت لى أم عطية : اذهبى إلى فلانة فأقرئيها السلام وقولى لها إن أم عطية توصيك بتقوى الله ولا تمنعى الماعون قالت : فقلت : ما الماعون ؟ فقالت لى : هبلت هى المهنة يتعاطاها الناس بينهم » . ثم نقل بإسناده عن سعيد بن عياض عن أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم قالوا : الماعون منع القدر والفأس والدلو . ومن طريق ابن علية عن ليث عن ابن إسحاق وهؤلاء كلهم حجة فى اللغة . وروينا عن ابن عمر : هو المال يمنع حقه . وهو موافق لما ذكرناه وهو قول عكرمة وإبراهيم وغيرهما وما نعلم عن أحد من الصحابة خلافاً لهذا ، فإن قيل : قد روى عن على رضى الله عنه أنها الذكاة قلت : نعم ولم يقل ليست العارية ثم قد جاء عنه أنها العــارية فوجب جمع قوليه .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل ولا يجوز اعارة جارية ذات جمال لغير ذى رحم محرم ، لأنه لا يأمن أن يخلو بها فيواقعها ، فان كانت قبيحة او كبيرة لا تشتهى لم يحرم ، لانه يؤمن عليها الفساد ، ولا تجوز اعارة العبد المسلم من الكافر ، لانه لا يجوز أن يخدمه . ولا تجوز اعارة الصيد من المحرم ، لانه لا يجوز له امساكه ولا التصرف فيه . ويكره ان يستعير احد ابويه للخدمة ، لانه يكره ان يستخدمهما فكره استعارتهما لذلك .

فصـــل ولا تنعقد الا بايجاب وقبول لانه ايجاب حق لآدمى فلا يصـــح الا بالايجاب والقبول كالبيع والاجارة ، وتصح بالقول من أحدهما والفعل من الآخر ، فان قال المستعير : اعرنى فسلمها اليه انعقد ، وان قال المعير : اعرتك فقبضها المستعير انعقد ؛ لانه اباحة للتصرف فى ماله ، فصح بالقول من احدهما والفعل من الآخر ، كاباحة الطعام) .

الشرح هذا الفصل فيه من محاسن الإسلام فى معاملة السبى ، وهو ظاهرة اجتماعية عالمية جاء الإسلام لتصفيتها بالتقرب إلى الله تعـالى بفك رقابها ، ومن ذلك أن المرء إذا كانت عنده جارية جميلة فإنه لا يجوز إعارتها لخدمة آخر حتى لا يؤدى ذلك إلى إغرائه بأن ينزو عليها ، ويسرى هذا الأمر على الخادمات اللاتى يغشين المنازل فى زماننا هذا لأداء بعض الخدمة وإعانة ربات البيوت على بعض ما يشق عليهن . فلا يجوز إعارة مثل هؤلاء الخادمات إذا كن جميلات ، كما يكره للرجل أن يتحرى أن تكون خادمته ذات جمال ، كما لا يجوز للمرء أن يستخدم أباه ولا أن يستعيره لخدمته ، وهذا الحكم فى شكله الذى سقناه هو الملائم الآن . لما يجرى عليه العمل ، بعد إبطال الرق فى الناس واصطفاق الناس على ذلك .

فـــرع العارية عقد كباقى عقود التمليك وهى كما عرفناها امتلاك منفعة مؤقتة بلا عوض لأنهـا لو كانت بعوض لكانت إجارة فلو كانت بغير تمليك المنفعة لكانت وديعة ولو كانت المعاوضة على عين العارية لكانت بيعاً ، ومن ثم تنعقد بالإيجاب والقبول .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل واذا قبض العين ضمنها ، لما روى صفوان « أن النبى صلى الله عليه وسلم استعار منه ادرعا يوم حنين ، فقال : اغصباً يا محمد ؟ قال : بل عارية مضمونة » ولأنه مال لغيره اخذه لمنفعة نفسه ، لا على وجه الوثيقة ، فضمنها كالمغصوب فان هلكت نظرت ، فان كان مما لا مثل له ففى ضمـانها وجهان :

(احدهما) يضمنها باكثر ما كانت قيمتها من حين القبض الى حين التلف كالمغصوب ، وتصير الأجزاء تابعة للعين ان سقط ضمانها بالرد سقط ضمان الأجزاء وان وجب ضمانها بالتلف وجب ضمان الأجزاء .

(والثانى) انها تضمن بقيمتها يوم التلف وهو الصحيح ، لأنا لو ألزمناه قيمتها اكثر ما كانت من حين القبض الى حين التلف أوجبنا ضمان الأجـزاء التالفة بالاذن ، وهذا لا يجوز ، ولهذا لو كانت العين باقية وقد نقصت أجزاؤها بالاستعمال لم يجب ضمانها وان كان مما له مثل .

فان قلنا فيما لا مثل له : انه يضمن باكثر ما كانت قيمته لزمه مثلهـا ، وان قلنا : انه يضمن بقيمته يوم التلف ضمنها بقيمتها .

واختلف اصحابنا فى ولد المستعارة فمنهم من قال : انه مضمون لانهـا مضمونة فضمن ولدها كالمغصوبة ، ومنهم من قال : لا يضمن : لأن الولد لم يدخل فى الاعارة فلم يدخل فى الضمان ، ويخالف المغصوبة ، فان الولد يدخل فى الغصب فدخل فى الضمان ، فان غصب عيناً فاعارها من غيره ، ولم يعلم المستعير وتلفت عنده ، فضمن المالك المستعير لم يرجع بما غرم على الغاصب ، لأنة دخل على انه يضمن العين ، وان ضمنه أجرة المنفعة فهل يرجـع على الغاصب ؟ فيه قولان ، بناء على القولين فيمن غصب طعاما وقدمه الى غيره .

(احدهما) يرجع لأنه غره .

(والثانى) لا يرجع ، لأن المنافع تلفت تحت يده) .

الشرح قال الشافعى رضى الله عنه : العارية كلها مضمونة ، الدواب والرقيق والدور والثياب لا فرق بين شىء منها ، فمن استعـار شيئاً فتلف فى يده بفعله أو بغير فعله فهو ضامن له ، والأشياء لا تخلو أن تكون مضمونة أو غير مضمونة ، فما كان منها مضمونا مثل الغصب وما أشـبهه فسـواء ما ظهر منها هلاكه وما خفى فهو مضمون على الغاصب والمستسلف جنيا فيه أو لم يجنيا ، أو غير مضمونة مثل الوديعة فسواء ما ظهر هلاكه وما خفى فالقول

فيها قول المستودع مع يمينه ، وخالفنا بعض الناس فى العارية فقال : لا يضمن شيئا إلا ما تعدى فيه ، فسئل من أين قاله ؟ فزعم أن شريحاً قاله ، وقال : ما حجتكم فى تضمينها ؟

قلنا : استعار رسول الله صلى الله عليه وسلم من صفوان فقال له النبى صلى الله عليه وسلم « عارية مضمونة مؤداة » قال : أفرأيت إذا قلنا : فإن شرط المستعير الضمان ضمن وإن لم يشترطه لم يضمن ؟

قلنا : فأنت إذن تترك قولك . قال : وأين ؟ قلنا : أليس قولك : إنها غيرمضمونة إلا أن يشترط ؟ قال : بلى ، قلنا : فما تقول فى الوديعة إذا اشترط المستودع أنه ضامن أو المضارب ؟ قال : لا يكون ضامناً قلنا : فما تقول فى المتسلف إذا اشترط أنه غير ضامن ؟ قال : لا شرط له ولا يكون ضامناً ، قلنا : ويرد الأمانة إلى أصلها والمضمون إلى أصله ويبطل الشرط فيهما جميعاً ؟ قال : نعم ، قلنا : وكذلك ينبغى لك أن تقول فى العارية ، وبذلك شرط النبى صلى الله عليه وسلم أنها مضمونة إلا لما يلزم . قال : فلم شرط ؟ قلنا : لجهالة صفوان ، لأنه كان مشركا لا يعرف الحكم ، ولو عرفه ما ضر الشرط إذا كان أصل العارية أنها مضمونة بلا شرط ، كما لا يضر شرط العهدة وخلاص عقدك فى البيع ، ولو لم يشترط كان عليه العهدة والخلاص أو الرد ، قال : فهل قال هذا أحد ؟ قلنا : فى هذا كفاية ، وقد قال أبو هريرة وابن عباس رضى الله عنهما : « إن العارية مضمونة » وكان قول أبى هريرة فى بعير استعير فتلف : إنه مضمون اهـ .

وقال الماوردى فى الحاوى : فتمامها بالقبض فقد اتفق الفقهاء على أن ما تلف من أجزائها بالاستعمال غير مضمون على المستعير .

فــرع فى مذاهب العلماء فى تلف العارية : اختلفوا فى تلف عينها على خمسة مذاهب :

(أحدها) وهو مذهب الشافعى أنها مضمونة عليه سواء تلف بفعل

آدمى أو بجائحة سماوية ، وبه قال من الصحابة ابن عباس وعائشة وأبو هريرة رضى الله عنهم ومن التابعين عطاء ومن الفقهاء أحمد بن حنبل .

(والثانى) وهو مذهب أبى حنيفة أنها غير مضمونة عليه إلا بالتعدى وبه قال الحسن البصرى والنخعى والأوزاعى وأبو محمد على بن حزم وسيأتى ما قاله .

(والثالث) وهو مذهب مالك : إن كان مما يخفى هلاكه ضمن ، وإن كان مما يظهر لم يضمن .

(والرابع) وهو مذهب الشيعة : إن تلفت بالموت لم يضمن ، وإن تلفت بغيره ضمن .

(والخامس) وهو مذهب قتادة وعبيد الله الحسن العنبرى وداود بن على : إن شرط ضمانها لزم ، وإن لم يشترط لم يلزم ، واستدلوا على سقوط الضمان برواية عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « ليس على المستعير غير المغل ضمان » وهذا نفى ، وبرواية عطاء بن أبى رباح عن صفوان بن يعلى عن أبيه قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « إذا أتتك رسلى فأعطهم ثلاثين بعيراً وثلاثين درعا فقلت : يا رسول الله أعارية مضمونة أو عارية مؤداة ؟ قال : « بل مؤداة » قالوا : فقد نفى الضمان عنها فلم يجز أن يتوجه إليها ، قالوا : ولأنه مستعار تلف بغير تفريط فوجب أن لا يضمنه المستعير قياساً على تلف الأجزاء ، قالوا : ولأن ما لم تكن أجزاؤه مضمونة لم تكن جملته مضمونة كالودائع طرداً والغصوب عكساً . وقال ابن حزم فى حديث صفوان : فهذا حديث حسن ليس فى شىء مما روى فى العارية خبر يصح غيره ، وأما ما سواه فلا يساوى الاشتغال به وقد فرق فيه بين الضمان والأداء فبطل كل ما تعلقوا به من النصوص .

دليلنا رواية قتادة عن الحسن عن سمرة عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال « على اليد ما أخذت حتى تؤدى » وهذا تضمين ، ثم ساق الماوردى حديث صفوان المار كدليل آخر ، فإن قيل : هو محمول على ضمان الرد كالودائع

التى هى مضمونة الرد ، وليست مضمونة العين ، قيل : إطلاق القول يتناول ضمان الأعيان ، ولذلك امتنع أن يطلق على الأمانات المؤداة حكم الضمان ، على أنه روى عنه صلى الله عليه وسلم « عارية مضمونة مؤداة » وكان الأداء محمولا على الرد والضمان على التلف ، ثم يجيب صاحب الحاوى على اعتراضات المخالفين فيقول عن حديث « ليس على المستعير غير المغل ضمان » الجواب من وجهين .

(أحدهما) أنه محمول على ضمان الأجزاء التالفة بالاستعمال وهذا وإن كان تخصيصاً فلما عارضه من الأخبار المخصصة .

(والثانى) أن المغل فى هذا الموضوع ليس بمأخوذ من الخيانة والغلول وإنما هو مأخوذ من استغلال الغلة ، يقال : هذا غل فهو مغل إذا أخذ الغلة .

قال زهير بن أبى سلمى :

فتغل لكم مالا تغل لأمثالها قرى بالعراق من قفيز ودرهم

فيكون لا ضمان على المستعير غير المستغل أى غير القابض لأنه بالقبض يصير مستغلا وهذا صحيح ، وأما الجواب عن « عارية مضمونة أو مؤداة ؟ » فهو أن معناه عارية مضمونة بالبدل ، أو مؤداة العين استعلاماً لحكمها هل تؤخذ على طريق البدل والمعاوضة ، أو على طريق الرد والأداء ؟ فأخبر أنها مؤداة العين ، ولا يملكها الآخذ بالبدل ، وأما تلفها بالاستعمال المأذون فيه كالثوب المستعار إذا بلى باللبس لم يضمنه المستعير ، والمعنى فيه أنه أتلفه بإذن مالكه فسقط عنه ضمانه ، والعارية إذا تلفت بغير إذن مالكها وجب عليه ضمانها ، ولو تلفت الثياب بغير اللبس المأذون فيه كأن شد فيها متاعا أو حمل فيها تراباً ضمن ، وعند أحمد فى أظهر القولين يجب ضمانها لو بليت باللبس .

فرع ذكرنا مذاهب العلماء وقلنا : إن داود بن على ذهب مع

القائلين بأنه إن شرط ضمانها لزم وقد خالفه فيما ذهب إليه صاحبه أبو محمد بن حزم فقال :

وأما من قال : لا ضمان على المستعير إلا أن يشترط عليه الضمان فهو قول قتادة وعثمان البتى رويناه من طريق عبد الرزاق عن معمر عن قتادة . قال أبو محمد : وهذا باطل لأنه شرط ليس فى كتاب الله عزوجل فهو باطل ولقد كان يلزم الحنفيين والمالكيين المجيزين الشروط الفاسدة بالخبر المكذوب (المسلمون عند شروطهم) أن يقولوا بقول قتادة ههنا ولكن لا مؤنة عليهم من التناقض فبطل هذا القول أيضاً ولم يبق إلا قول من ضمنها جملة أو قولنا فنظرنا فى قول من ضمنها جملة فوجدنا ما روينا من طريق عبد الرزاق نا ابن عيينة هو سفيان ـ عن عمرو بن دينار عن ابن أبى مليكة . وعبد الرحمن بن السائب قال ابن أبى مليكة عن ابن عباس.وقال ابن السائب عن أبى هريرة قالا جميعاً : العارية تغرم . ومن طريق ابن وهب عن رجال من أهل العلم عن ابن عمر أنه كان يضمن العارية . ومن طريق معمر عن ابن طاوس عن أبيه قال فى قضية معاذ بن جبل : العارية مؤداة . وكان شريح يضمن العارية وضمنها الحسن ثم رجع عن ذلك وصح عن مسروق أيضاً وعن عطاء بن أبى رباح وذكره ابن وهب عن يحيىبن سعيد الأنصارى وربيعة وذكرا أنه قول علمائهم الذين أدركوا وبه كانوا يقضون وذكره أيضاً عن سليمان بن سيار وعمر بن عبد العزيز ومكحول وقال الزهرى : أجمع رأى القضاة على ذلك إذا رأوا شرور الناس وبهذا يقول الشافعى وأحمد بن حنبل وأصحابهما واحتجوا بقول الله تعالى (إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها) فقلنا لهم تضمنوا بهذه الآية الوديعة فقد ضمنها عمر وغيره ونعم هو مأمور بأدائها ما دام قادراً على أدائها فإن عجز عن ذلك فالله تعالى يقول (لا يكلف الله نفساً إلا وسعها) فإذ ليس فى وسعه أداؤها فهو غير مكلف ذلك وليس فى هذه الآية تضمين ، لأن أداء الغرامة هو غير أداء الأمانة فلا متعلق لكم بهذه الآية أصلا لأنه ليس فيها أداء غيرها ولا ضمانها ثم ضعف ابن حزم خبر « العارية مؤداة » « والزعيم غارم » فانظر كيف تساق الأدلة ثم ينقضها ولله فى خلقه شئون .

فــرع لا يخلو حال العارية إذا تلفت عن أحد أمرين ، أمــا أن يكون لها مثل أو لا مثل لها ، فإن لم يكن لها مثل ضمنها بالقيمة ، وفيهــا وجهان .

(أحدهما) يضمن قيمتها يوم التلف ليسقط ضمان الأجــزاء التــالفة بالاستعمال .

(والوجه الثانى) أنه يضمن أكثر قيمتها من حين القبض إلى حين التلف كالغصب ، وتصير الأجزاء تبعا لجملة ، فإن كانللعارية مثل ففيما يضمنها به وجهان بناء على صفة ضمان مالا مثل له .

(أحدهما) يضمنها بالمثل إذا جعل ضمانها فى أكثر الأحوال كالغصب .

(والثانى) يضمنها بالقيمة إذا جعل ضمانها وقت التلف .

فأما ما تنتجه العارية من ولد إذا حدث فى يد المستعير ففى وجــوب ضمانه عليه وجهان :

(أحدهما) عليه ضمانه لأن ولد المضمون مضمون كالمغصوبة .

(والوجه الثانى) لا ضمان عليه لأن معنى الضمان فى الأم معدوم فى الولد بخلاف الغصب لأن ولد العارية لا يكون مستعاراً ، وولد المغصوبة يكون مغصوبا .

وأما قول الشافعى فى موضع من كتاب الإجارات : إن العــارية غــير مضمونة إلا بالتعدى ــ وهو ما أشرنا إليه فى كتاب الضمان ــ فليس بقول ثان فى سقوط ضمانها كما وهم فيه الربيع ، وهو محمول على أحــد ثلاثة أوجه ، إما على سقوط ضمان الأجرة ، أو على سقوط ضمان الأجزاء أو حكاية عن مذهب غيره قال : يجوز نكاح المحرم حكاية عن مذهب غــيره وفرع عليه وإن لم يعلنه مذهباً لنفسه والله أعلم .

وهذا ما يتعلق بالغصب فى هذا الفصل آت إن شــاء الله فى الغصب ومن الله التوفيــق .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل ويجوز للمعير ان يرجع فى العارية بعد القبض ، ويجوز للمستعير ان يرده لأنه اباحة فجاز لكل واحد منهما رده كاباحة الطعام . واذا فسخ العقد وجب الرد على المستعير ، لما روى ابن عباس رضى الله عنه ان النبى صلى الله عليه وسلم « استعار من صفوان بن أمية ادرعاً وسلاحا ، فقال:اعارية مؤداة ؟ قال : عارية مؤداة » ويجب ردها الى المعير او الى وكيله ، فان ردها الى المكان الذى اخذها منه لم يبرأ من الضمان ، لأن ما وجب رده الى المالك أو الى وكيله كالمغصوب والمسروق) .

الشرح خبر دروع صفوان أخرجه الحاكم عن ابن عباس كما رويناه من طريق أحمد بن شعيب النسائى أنا عبد الرحمن بن محمد بن سلام نا يزيد بن هارون أنا شريك ــ هو ابن عبد الله القاضى ــ عن عبد العزيز بن رفيع عــن أمية بن صفوان بن أمية عن أبيه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم استعار منه يوم حنين أدراعاً فقال : غصب يا محمد ؟ فقال : بل عارية مضمونة » إلا أن شريكا يقول فيه ابن حزم : مدلس للمنكرات إلى الثقات وقــد روى البلايا والكذب الذى لاشك فيه عن الثقات . (قلت) ولشريك مواقف من ذوى السلطان فيها دهاء وبلاء قال ابن عدى : حدثنا أبو العلاء الكوفى بمصر حدثنا محمد بن الصباح الدولابى حدثنا نصر بن المجدر قال : « كنت شاهداً حين أدخل شريك ومعه أبو أمية الذى رفع إلى المهدى أن شريكا حدث عن الأعمش عن سالم عن ثوبان أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : استقيموا لقريش ما استقاموا لكم ، فإذا زاغوا عن الحق فضعوا سيوفكم على عواتقكم ثم أبيدوا خضراءهم فقال المهــدى : أنت حــدثت بهذا ؟ قال : لا . قال أبو أمية على المشى إلى بيت الله وكل مالى صدقة إن لم أكن سمعته منه . قال شريك : على مثل الذى عليه إن كنت حدثته ، فكأن المهدى رضى ، فقال أبو أمية : يا أمير المؤمنين ، عندك أدهى العــرب إنما عنى الذى على مــن الثياب قال : صدق ، احلف كما أحلف فقال : قد حدثته . فقال : ويل شارب الخمر ــ يعنى الأعمش ــ وكان يشرب المنصف ــ لو علمت موضع قبره لأحرقته » .

« قال شريك : لم يكن يهوديا ، كان رجلا صالحا . فقال : زنديق ؟ فقال

للزنديق علامات بتركه الجماعة وجلوسه مع الفتيان وشربه الخمر قال : والله لأقتلنك . قال : ابتلاك الله بمهجة . قال : أخرجوه ، فأخرج فجعل الحرس يشقون ثيابه ويخرقون قلنسوته ا هـ .

ومن طريق الحارث بن أبى أسـامة نا يحى بن أبى بكير نا نافع عـن صفوان بن أمية أنه استعار منه النبى صلى الله عليه وسلم سلاحاً فقال : مضمونة . وآفة هذه الرواية الحارث وهو متروك ويحيى بن أبى بكير لم يدرك نافعاً وأعلى من عنده شعبة ولا نعلم لنافع سماعاً من صفوان أصلا، والذى لاشك فيه فإن صفوان مات أيام عثمان قبل الفتنة ، ومن طريق ابن وهب عن أنس بن عياض عن جعفر بن محمد عن أبيه أن صفوان بن أمية « أعار رسول الله صلى الله عليه وسلم سلاحاً فقال : أعارية مضـمونة أم غصب ؟ فقال: بل عارية مضمونة » وهذا منقطع لأن محمد بن على لا ولد له إلا بعد موته بدهر . وأخرجه مسدد شيخ البخارى نا أبو الأحوص نا عبد العزيز ابن رفيع عن عطاء بن أبى رباح عن ناس من آل صفوان بن أمية « استعار رسول الله صلى الله عليه وسلم من صفوان سلاحاً فقال صفوان : أعارية أم غصب ؟ قال : بل عارية ففقـدوا منها درعاً ، فقال رسـول الله ﷺ : إن شئت غرمناها لك فقال : يا رسول الله إنه فى قلبى من الإيمان ما لم يكن يومئذ » هذا عن ناس لم يسموا .

ومن طريق أحمد بن شعيب النسائى أنا أحمد بن سليمان نا عبيد الله بن موسى أنا إسرائيل عـن عبـد العزيز بن رفيع عـن ابن أبى مليكة عـن عبـد الرحمن بن صفوان بن أمية « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم استعار من صفوان بن أمية دروعاً فهلك بعضها فقال رسول الله صلى الله عليـه وسلم إن شئت غرمناها لك قال : لا يا رسول الله » . ومن طـريق ابن وهب عن ابن جريج ويونس وعبيد الله بن عمر قال ابن جريج عن عطاء وقال يونس عن ربيعة وقال ابن عمر عن الزهرى فذكر دروع صفوان وأن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « بل طوعاً وهى علينا ضامنة » .

هذا مرسل . وقد ذهب ابن حزم إلى تضعيف جميع الروايات التى تدل

على تضمين العارية كي يخلص إلى أنها ليست مضمـونة . والأخبـار التي سقناها مع ما لم نسقه يفيد الحجية فإن المرسـل الصحيح إذا ظاهرتـه موصولات بهذه الكثرة كانت هذه الكثرة بذاتها مفيدة لحسن الخبر فإذا انضم إليها المرسل الصحيح ارتفعت إلى درجة الصحة . أما احتجاج ابن حزم بما أخرجه أحمد بن شعيب النسائي أنا إبراهيم بن المعتمر نا حبان بن هلال، نا همام بن يحى نا قتادة عن عطاء بن أبي رباح عن صفوان بن يعلى بن أمية عن أبيه قال : قال لي رسول الله صلى الله عليـه وسلم « إذا أتتك رسلي فأعطهم درعاً وثلاثين بعيراً فقلت : يا رسول الله أعارية مضمونة أم عاريـة مؤداة ؟ قال : بل عارية مؤداة » قال : فهذا حديث حسن ليس في شيء ممـا روى في العـارية خبر يصح غيره ، وقد فرق فيه بين الضمان والأداء وأوجب في العـارية الأداء فقط .

ولنا أن كل ما يقبضه بعض الناس من بعض من الأمـوال ينقسم إلى ثلاثة أقسـام (أحدها) مافيه منفعة للدافع دون المدفوع إليـه كالوديعة والوكالة فهذا غير مضمون فوجب أن يكون كل ما في هذا الباب كذلك .

(الثاني) ما فيه منفعة للدافع والمدفوع إليه معاً كالقراض وقد ثبت أنه غير مضمون باتفاق فوجب أن يكون الرهن وكل ما في هذا الباب كذلك.

(الثالث) ما فيه منفعة للمدفوع إليه دون الدافع كالقرض وقد صـح الإجماع على أنه مضمون فوجب أن تكون العـارية وكل ما في هذا البـاب كذلك .

ولم يستطع العلامة ابن حزم أن يدفع هذه الكليات الثلاث إلا بأن يتهكم بها مع تسليمه بقوتها إذ يقول رحمه الله : وهذا قياس والقياس كله باطل إلا أنه من المليح المموه من مقاييسهم وإنهم ليسفكون الدماء ويبيحون الفروج والأبشار بأقل من هذا كقياسهم في القذف وفي جلد الشـارب قياساً على القاذف والقود للكافر من المؤمن ، وفاعل فعل قوم لوط وسـائر قياساتهم إلا أننا نعارض هذا القياس بمثله ، وهو أن العارية دفع مال بغـير عوض

كالوديعة ، وأيضا فان ما يلى منها فى اللباس وفيما استعيرت له فنقص منها بلا تعد فلا ضمان فيه فكذلك سائر النقص وهـذا كله وساوس نعوذ بالله من الحكم بهـا فى دينه .

قلت : ليس فى اعتراضات ابن حزم ما يدفع حججنا بضمان العـارية . مثل النقص الحادث من الاستعمال فانه معفو عنه ولا ضمان فيه وإنما الضمان فى عينها وفيما تفاحش من سوء استعمالها . ولأن العين مضمونة الرد حال قيامها فكانت مضمونة القيمة حال هلاكها كالمغصوب وهذا لأن العين اسـم للصورة والمعنى وبالهلاك عجز عن رد الصورة .

اذا ثبت هذا فانه إذا طالب المعير بردها كانت ضرورة ردها واجبة على المستعير بخـلاف المسـتأجر ، والفرق بينهما أن تسليم المنفعة فى الإجارة مستحق على المؤاجرة فكانت مؤنة الرد عليه وتسليمها فى العارية هبة للمستعير فكانت مؤنة الرد عليه . إذا لم يعجز عن رد المعنى ، لأن قيمة الشىء معناه فيجب عليه رده بمعناه كما فى الغصب ، ولأنه قبض مال القود لنفسه فيكون مضموناً عليه كالمقبوض على سوم الشراء .

فـــرع فى مذاهب العلماء فيما تقدم : مذهبنا أن المستعير إذا رد العارية إلى حظيرة المعير لم يبرأ من ضمانها حتى يدفعها إلى المعير أو وكيـله فيها وقال أبو حنيفة : يبرأ منها بردها إلى الاصطبل استحساناً لا قياسـاً ، وهذا خطأ لأن الاصطبل لو كان كيده لاقتضى أن يكون سارقها من الاصطبل إذا ردها إليه أن يسقط عنه ضمانها كما يسقط بردها إلى يده ، وفى بقـاء الضمان عليه دليل على أن ليس إلى الاصطبل عوداً إلى يده .

وقالت الحنابلة : إن كانت العين باقية فعلى المستعير ردها إلى المعير أو وكيله فى قبضها ويبرأ بذلك من ضمانها . وإن ردها إلى من جرت عادتـه بجريان ذلك على يده كزوجته المتصرفة فى صالحه ورد الدابة إلى سائسها فقياس المذهب أنه يبرأ .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصــــل ومن استعار عينا جاز له ان يستوفى منفعتها بنفسه وبوكيله ، لان الوكيل نائب عنه ، وهل له ان يعير غيره ؟ فيه وجهان : (احدهما) يجوز كما يجوز للمستأجر ان يؤجر . (والثانى) لا يجوز وهو الصحيح ، لانه اباحة فلا يملك بها الاباحة لغيره كاباحة الطعام ، ويخالف المستأجر فانه يملك المنافع . ولهذا يملك ان ياخذ عليه العوض ، فملك نقله الى غيره ، كالمشترى للطعام والمستعير لا يملك ، ولهذا لا يملك اخذ العوض عليه فلا يملك نقله الى غيره كمن قدم اليه الطعام) .

الشرح إذا استعار شيئا فله استيفاء منفعته بنفسه وبوكيله ، لأن وكيله نائب عنه ويده كيده ، وليس له أن يؤجره لأنه لم يملك المنـافع فلا يصح أن يملكها غيره ، لأن المستعير لا يملك العين ، وليس للمستعير استعمال المعار إلا فيما أذن له فيـه ، وليس له أن يعيره غيره . وهذا هـو الوجـه الأصح عندنا ، ولا قول غيره عند الحنابلة .

والوجه الآخر له ذلك ـ وهو قول أبي حنيفة ـ لأنه يملكه على حسب ما ملكه فجاز كما للمستأجـر أن يؤجر ، قال أصحاب الرأى : إذا استعار ثوبا ليلبسه هو فأعطاه غيره فلبسه فهو ضامن ، وإن لم يسم من يلبسه فلا ضمان عليـه .

وقال مالك : إذا لم يعمل بها إلا الذى كان يعمل بها الذى أعيرها فلا ضمان عليـه .

ولنا أن العارية إباحة المنفعة فلم يجز أن يبيحها غـيره كإباحة الطعام ، وفارق الإجارة لأنه ملك الانتفاع على كل وجه فملك أن يملكها ، وفى العارية لم يملكها إنما ملك استيفاءها على وجه ما أذن له فأشبه من أبيح له أكـل الطعام ، فعلى هذا إن أعار فللمالك الرجوع بأجر المثل ، وله أن يطالب مـن شاء منهما ؛ لأن الأول سلط غيره على أخذ مال غيره بغير إذنه . والثـانى استوفاه بغير إذنه فان ضمن الأول رجع على الثانى ، لأن الاستيفاء حصـل منه فاستقر الضمان عليه ، وإن ضمن الثانى لم يرجع على الأول إلا أن يكون

الثانى لم يعلم بحقيقة الحال فيحتمل أن يستقر الضمان على الأول لأنه غـر الثانى . ودفع إليه العين على أنه يستوفى منافعها بغير عوض ، وإن تلفت العين فى يد الثانى استقر الضمان عليه بكل حال ، لأنه قبضها على أن تكون مضمونة عليه ، فان رجع على الأول رجع الأول على الثانى . وإن رجع على الثـانى لم يرجع على أحد على القولين (والثانى) له أن يرجع ، وسيأتى فى الغصب إن شاء الله .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـل وتجوز الاعارة مطلقا ومعينا ، لانه اباحة فجاز مطلقا ومعينـا كاباحة الطعام ، فان قال : اعرتك هذه الأرض لتنتفع بها ، جاز له أن يزرع ويغرس ويبنى ، لأن الاذن مطلق ، وان استعار للبناء أو للغرس جاز له ان يزرع لان الزرع اقل ضرراً من الغراس والبناء فاذا رضى بالبناء والغـراس رضى بالزرع .

ومن اصحابنا من قال : ان استعار للبناء لم يزرع ، لان فى الزرع ضرراً ليس فى البناء ، وهو انه يرخى الأرض ، وان استعار للزرع لم يغرس ولم يبن لأن الغراس والبناء اكثر ضررا من الزرع فلا يكون الاذن فى الزرع اذنا فى الغراس والبناء .. وان استعار للحنطة زرع الحنطة وما ضرره ضرر الحنطة ؛ لأن الرضى بزراعة الحنطة رضى بزراعة مثله .. وان استعار للغراس او البناء ملك ما اذن فيه منهما ، وهل يملك الآخر ؟ فيه وجهان .

(احدهما) انه يملك الآخر ، لأن الغراس والبناء يتقاربان فى البقاء والتابيد فكان الاذن فى احدهما اذنا فى الآخر . (والثانى) انه لا يجوز ، لان فى كل واحد منهما ضررا ليس فى الآخر . فان ضرر الغراس فى باطن الأرض اكثر ، وضرر البناء فى ظاهر الأرض اكثر ، فلا يملك بالاذن فى احدهما الآخر) .

الشرح تجوز الإعارة مطلقا ومقيداً لأنها إباحة فجاز فيهـا إباحة ذلك كإباحة الطعام ، ولأن الجهالة إنما تؤثر فى العقود اللازمة ، فإذا أعاره شيئاً مطلقاً أبيح له الانتفاع به فى كل ما هو مسـتعد له من الانتفاع به ، فإذا أعاره أرضا مطلقا فله أن يزرع فيها ويغرس ويبنى ويفعل فيها كل ماهى معدة له من الانتفاع لأن الإذن مطلق ، وإن اعاره للغراس أو للبناء فله أن يزرع فيها ما شاء لأن ضرره دون ضررهما فكأنه استوفى بعض ما أذن له فيه ، وإن استعارها للزرع لم يغرس ولم يبن ؛ لأن ضررهما أكثر ، فلم يكن

الإذن فى القليـــل إذناً فى الكثير . وإن استعارها للغراس أو للبنـــاء ملك المأذون فيه منهما وفى امتلاك الآخر وجهان .

(أحدهما) يملك الآخر لأن الغراس والبناء يتقاربان فى البقاء والتأبيد فكان الإذن فى أحدهما إذناً فى الآخر .

(والثانى) لا ، لاختلاف كل منهما ولأن ضررهمـــا مختلف فإن ضرر الغراس فى باطن الأرض لانتشار العروق فيها ؛ وضرر البناء فى ظاهرها فلم يكن الاذن فى أحدهما إذناً فى الآخر .

وإن استعارها لزرع الحنطة فله زرعها وزرع ماهـــو أقل ضرراً منهـــا كالشعير والباقلا والعدس ، وله زرع ما ضرره كضرر الحنطة ، لأن الرضى بزراعة شيء رضى بضرره وما هو دونه ، وليس له زرع ما هو أكثر ضرراً منه كالذرة والدخن والقطن لأن ضرره أكثر ، وحكم إباحة الانتفاع فى العارية كحكم الانتفاع فى الاجارة فيما له أن يستوفيه وما يمنع منه ، وفى الاجارة مزيد إن شاء الله تعالى .

ولما كانت بعض النباتات تجهد الأرض مثـــل القطن ، ولذا تحتاج إلى تسميد وسباخ وبعضها وبعضها يفيد الأرض كالفول والبرسيم فانهما يفيدان الأرض ويكسبانها مادة (الأزوت) . وفى البرسيم ميزة أخرى وهى تمكين الماشية والدواب من التغذى به بربطها عليه فتحدث أنفاسها ، وبخاصة أنفاس الغنم ، وكذلك الماشية تسميداً للأرض يكسبها قوة ويكمل فى التربة بالمواد العضوية من الكفاءة والقوة والخصب مالا يتوفر فى الذرة والقمح والقطن التى تضعف خصوبة التربة ، ولهذا فان اختلاف ضرر الأرض أو انتفاعهـــا يختلف باختلاف مزروعها . والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــــل وان اعاره ارضا للغراس او البناء فغرس وبنى ثم رجع لم يجز ان يغرس ويبنى شيئا آخر ، لانه يملك الغراس والبناء بالاذن وقد زال الاذن.

فأما ما غرس وبنى فينظر فان كان قد شرط عليه القلع ـ اجبر على القلع ، لقوله صلى الله عليه وسلم « المؤمنون عند شروطهم » ولأنه رضي بالتزام الضرر الذي يدخل عليه بالقلع ، فاذا قلع لم تلزمه تسوية الأرض ، لأنه لما شرط عليه القطع رضي بما يحصل بالقلع من الحفر ، ولأنه مأذون فيه فلا يلزمه ضمان ما حصل به من النقص ، كاستعمال الثوب لا يلزمه ضمان ما يبليه منه ، وان لم يشرط القلع نظرت فان لم تنقص قيمة الغراس والبناء بالقلع ـ قلع . لأنه يمكن رد العارية فارغة من غير اضرار ، فوجب ردها ، فأن نقصت قيمة الغراس والبقاء بالقلع نظرت ـ فان اختار المستعير القلع ـ كان له ذلك . لأنه ملكه فملك نقله .

فاذا قلعه فهل تلزمه تسوية الأرض ؟ فيه وجهان : (احدهما) لا تلزمه ، لأنه لما اعاره مع العلم بان له ان يقلع ، كان ذلك رضا بما يحصل بالقلع من التخريب فلم تلزمه التسوية ، كما لو شرط القلع . (والثاني) تلزمه لأن القلع باختياره فانه لو امتنع لم يجبر عليه فلزمه تسوية الأرض ، كما لو أخرب ارض غيره من غير غراس ، وان لم يختر القلع نظرت ـ فان بذل المعير قيمة الغراس والبناء لياخذه مع الأرض ـ أجبر المستعير عليه ، لأنه رجوع في العارية من غير اضرار ، وان ضمن ارش النقص بالقلع أجبر المستعير على القلع ، لأنه رجوع في العارية من غير اضرار .

وان بذل المعير القيمة لياخذه مع الأرض ، وبذل المستعير قيمة الأرض ليأخذها مع الغراس قدم المعير ، لأن الغراس يتبع الأرض في البيع فجاز ان يتبعها في التملك ، والأرض لا تتبع الغراس في البيع فلم تتبعه في التملك ، وان امتنع المعير من بذل القيمة وارش النقص وبذل المستعير اجرة الأرض لم يجبر على القلع لقوله صلى الله عليه وسلم : « ليس لعرق ظالم حق » وهذا ليس بظالم فوجب ان يكون له حق ، ولأنه غراس مأذون فيه فلا يجوز الاضرار به في قلعه ، وان لم يبذل المستعير الأجرة ففيه وجهان : (احدهما) : لا يقلع لأن الاعارة تقتضي الانتفاع من غير ضمان . (والثاني) يقلع لأن بعد الرجوع لا يجوز الانتفاع بماله من غير اجرة .

فصـــل اذا اقررنا الغراس في ملكه فاراد المعير ان يدخل الى الأرض للتفرج او يستظل بالغراس لم يكن للمستعير منعه . لأن الذي استحق المستعير من الأرض موضع الغراس . فاما البياض فلا حق للمستعير فيه فجاز للمالك دخوله وان اراد المستعير دخولها نظرت فان كان للتفرج والاستراحة لم يجز ، لأنه قد رجع في الاعارة فلا يجوز دخولها من غير اذن ، وان كان لاصـــلاح الغراس أو اخذ الثمار ففيه وجهان : (احدهما) : لا يملك لأن حقه اقرار الغراس والبناء دون ما سواه . (والثاني) : انه يملك ، وهو الصحيح لأن

الاذن فى الغراس اذن فيه فيما يعود بصلاحه واخذ ثماره ، وان اراد المعير بيع الأرض جاز لانه لا حق فيها لغيره فجاز له بيعها ، وان اراد المستعير بيع الغراس من غير المعير ، ففيه وجهان :

(احدهما) يجوز لانه ملك له لا حق فيه لغيره . (والثانى) لا يجوز لان ملكه غير مستقر ، لأن للمعير ان يبذل له قيمة الغراس والبناء فياخذهما ، والصحيح هو الأول لان عدم الاستقرار لا يمنع البيع كالشقص المشفوع يجوز للمشترى بيعه ، وان جاز ان ينتزعه الشفيع بالشفعة) .

الشرح حديث « المؤمنون عند شروطهم » أخرجه البخارى بلفظ « المسلمون عند شروطهم » فى كتاب الاجارة تعليقاً بصيغة التوكيد وقال القسطلانى : وهذا روى من حديث عمرو بن عوف المزنى عند إسحق يعنى ابن راهويه ـ فى مسنده ومن حديث أبى هريرة عند أبى داود وأحمد والحاكم وأخرجه الترمذى بلفظ « والمسلمون على شروطهم إلا شرطاً حرم حلالا » أما حديث « ليس لعرق ظالم حق » فقد أخرجه البخارى فى الحرث وأبو داود فى الاجارة والترمذى فى الأحكام والموطأ فى الأقضية وأحمد فى مسنده .

أما الشروط فإنها جمع شرط وهو ما يلزم من عدمه العدم ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم لذاته فخرج بالقيد الأول المانع فإنه لا يلزم من عدمه شيء وبالثانى السبب فانه يلزم من وجوده الوجود وبالثالث مقارنة الشرط للسبب فيلزم الوجود كوجود الحول الذى هو شرط لوجوب الزكاة مع النصاب الذى هو سبب للوجوب .

ومقارنة المانع كالدين على القول بأنه مانع من وجوب الزكاة فيلزم العدم والوجود فلزوم الوجود والعدم فى ذلك لوجوب السبب والمانع لا لذات الشرط ثم هو عقلى كالحياة والعلم وشرعى كالطهارة للصلاة وعادى كنصب السلم لصعود السطح ولغوى وهو المخصص كما فى أكرم بنى إن جاء وأى الجائين منهم فنعدم الإكرام المأمور به بانعدام المجيء ويوجد بوجوده إذا امتثل الأمر .

أما الأحكام فقد قال صاحب الحاوى إذا قبض المستعير الأرض للغرس

والبناء ثم رجع المعير فإن كان رجوعه قبل الغرس منع المستعير من غرسها وبنائها ، فإن بنى بعد رجوعه أو غرس كان فى حكم الغاصب يؤخذ بقلع الغرس والبناء مع أجرة المثل وتسوية الأرض ؛ فإن رجع المعير بعد الغرس والبناء لم يكن له إحداث زيادة فى غرسه وبنائه ، فإن أحدث زيادة أجبر على قلعها . فأما ما تقدم من الغرس والبناء قبل الرجوع فللمعير حالتان :

(إحداهما) أن يكون قد شرط على المستعير حين أعاره أن يقلع غرسه وبناءه عند رجوعه فيؤخذ المستعير بقلع ذلك للشرط المتقدم ، ولقوله صلى الله عليه وسلم « المسلمون عند شروطهم » ولأن رضاه بهذا الشرط التزام منه للضرر الداخل عليه بالقلع فكان هو الضامن لنفسه ، ولم يكن مغروراً بغيره .

(والحال الثانية) أن لا يشترط المعير على المستعير القلع بعد الرجوع فهذا على ضربين (أحدهما) أن يكون قيمة الغرس والبناء مقلوعاً كقيمته قائماً أو أكثر ، فيؤخذ المستعير بالقلع ، لأن العارية لا تلزم والضرر بالقلع مرتفع . والضرب الثانى : أن يكون قيمته مقلوعا أقل ، فإن بذل المعير قيمته قائماً أو بذل نقص ما يميز قيمته مقلوعاً وقائماً منع المستعير من إقراره وخير بين قلعه أو أخذ قيمته أو أرش نقصه ، لأن ما يخافه من ضرر النقص بالقلع قد زال ببذل القيمة أو الأرش ، فلو بذل المستعير قيمة الأرض وبذل المعير قيمة الغرس كان المعير أحق من المستعير لأمرين .

(أحدهما) أن الأرض أصل والغرس تبع فكان ملك الأصل أقوى .

(والثانى) أنه أسبق ملكاً ، وقيل للمستعير : لا يجوز مع زوال الضرر عنك أن تدخل الضرر على المعير بالترك ، فإن أخذت القيمة وإلا أجبرت على القلع فاذا قلع فهل تلزمه تسوية الأرض بعد القلع أم لا ؟ على وجهين (أحدهما) لا يلزمه لأنه مأذون فيه ، فأشبه بلى الثوب باللبس (والوجه الثانى) يلزمه ذلك لأنه قلع باختياره بعد زوال العارية من غير أن يلجأ إليه فصار مأخوذا بنقصه .

فـــرع إذا امتنع المعير من بذل قيمة الغرس وامتنع المستعير مـــن القلع فقد اختلفوا فى حكمه على ثلاثة مذاهب :

(أحدها) وهو قول أبى حنيفة أنه يؤخذ بالقلع سواء كانت مدة العارية مقررة أو مطلقة لحديث « العارية مؤداة » وقد مضى تاماً مخرجاً آنفاً .

(والثانى) وهو قول أبى إبراهيم المزنى أنه إن كانت العارية مطلقة تترك وإن كانت مقدرة بمدة قلع بعدها ؛ فرقا بين المطلقة والمقيدة . لأنه المقصود فى اشتراط المدة .

(والثالث) وهو قول الشافعى أنه يقر ولا يجبر على القلع إذا بذل الأجرة بعد الرجوع فى العارية لقوله صلى الله عليه وسلم « ليس لعرق ظالم حق » والمستعير ليس بظالم فلم يجز أن يؤخذ بالقلع كالظالم لأن العـــارية إرفاق ومعونة فلو أوجبت بالإضرار بالقلع لخرجت عن حكم الإرفاق والمعونة إلى حكم العدوان والضرر .

فـــرع إذا ثبت أن الغرس والبناء مقر فإقراره مشروط ببذل الأجرة وإقامة المعير على المبيع من ترك القيمة ، فصار إقراره مستحقاً بهذين الشرطين فإن أجاب المعير من بعد إلى بذل القيمة أو امتنع المستعير من بذل الأجرة أجبر على القلع،لأنه لا يجوز أن يدخل الضرر على المعير بتفويت الإجارة وما استدام وجب الإقرار ولم يكن للمستعير منع المعير من دخول أرضـــه ، وإن كان مستظلا بغرسه وبنائه ـــ لأن الأجرة مأخوذة على إقرار الغرس والبناء ، فأما البياض الذى بين أثنائه فليس بمشغول بملك المستعير فله يجز منع المعير منه ، وإن بذلت له الأجرة عليه أن يجيب إلى إجارتها طوعا بمسمى يرضاه فيكون كمن أجر أرضه مختاراً . فأما المستعير فهل يستحق دخول الأرض ليصل إلى غرسه وبنائه أم لا ؟ على وجهين .

(أحدهما) لا يستحق الدخول لأرض المعير .

(والوجه الثانى) وهو قول أبى على بن أبى هريرة : إنه يستحق دخول

الأرض ليصــل إلى غرسه وبنائه فى مراعاته ومصلحته ؛ ويجبر المعــير على تمكينه لأن الاذن بالغرس والبناء إذن به وبمنافعه فإن مات وانهدم البناء لم يكن له إعادة بدله إلا باستحداث عارية وإلى ما سبق ذهب الحنابلة .

فــــرع وإذا أراد المستعير بيع غرسه وبنائه على غــير المعــير ففى جوازه وجهان (أحدهما) يجوز ، لأنه مملوك ، وليس للمعير أن يأخذ المشترى بالقلع كما لم يكن له أن يأخذ به المستعير (والوجه الثانى) أن بيعه لا يجوز ، لأن المشترى غير مستعير ، وترك ما اشتراه غير مستديم ؛ لأن المعير متى بذل القيمة استحق بها أخذ الغرس أو قلعه ، وهذان الوجهان مــن اختلافهم فى المستعير هل يجوز له أن يعير ؟

فــــرع وللمعير دخول أرضه كيف شاء للتفرج والاستراحة ، لأن بين الغراس أرضا بيضاء ليست عارية ، وليس لصاحب الغرس منع صاحب الأرض من غشيانها والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصــــل وان حمل السيل طعام رجل الى ارض آخر فنبت فيها فهل يجبر صاحب الطعام على القلع مجانا ؟ فيه وجهان : (احدهما) لا يجبر لانه غير مفرط فى انباته . (والثانى) يجبر ، وهو الصحيح ، لانه شغل ملك غــيره بملكه من غير اذن ، فاجبر على ازالته كما لو كان فى داره شجرة فانتشرت اغصانها فى هواء دار غيره .

فصــــل وان اعاره ارضا للزراعة فزرعها ثم رجع فى العارية قبــل ان يدرك الزرع وطالبه بالقلع ، ففيه وجهان : (احدهما) انه كالغراس فى التبقية والقلع والأرش . (والثانى) انه يجبر المعير على التبقية الى الحصاد باجــرة المثل ؛ لان للزرع وقتا ينتهى اليه ، وليس للغراس وقت ينتهى اليه ، فلو اجبرناه على التبقية عطلنا عليه ارضه .

فصــــل وان اعاره حائطا ليضع عليه اجذاعا فوضعها لم يملك اجباره على قلعها ، لانها تراد للبقاء ، فلا يجبر على قلعها كالغراس ، وان ضمن المعير قيمة الأجذاع لياخذها ، لم يجبر المستعير على قبولها ، لان احد طرفيها فى ملكه فلم يجبر على اخذ قيمته ، وان تلفت الأجذاع واراد ان يعيد مثلها على

الحائط لم يجز ان يعيد الا باذن ، لأن الاذن تناول الأول دون غيره ، فان انهدم الحائط وبناه بتلك الآلة لم يجز ان يضع الأجذاع على الثانى ، لأن الاذن تناول الأول ومن اصحابنا من قال : يجوز لأن الاعـارة اقتضت التأبيـد والمذهب الأول .

فصـــل وان وجدت اجذاع على الحائط ، ولم يعرف سببها ، ثم تلفت جاز اعادة مثلها ، لأن الظاهر انها بحق ثابت) .

الشرح الأحكام : إذا حمل السيل بذر رجل فنبت فى أرض غيره أو نوى فصار غرساً فهو لمالك البذر والنوى لأنه نماء ملكه ، وهل لصاحب الأرض أن يأخذ المالك بقلعه أم لا ؟ على وجهين (أحدهما) له قلعه لأنه نبت فى أرضه بغير اختياره .

(والوجه الثانى) ليس له قلعه إذا بذلت له الإجارة ، لأن مالكه ، غـير متعد به وإلى هذا ذهب أحمد وأصحابه ، لأن قلعه إتلاف للمال على مالكه ، ولم يوجد منه تفريط ولا يدوم ضرره فلا يجبر على ذلك . وفرق الحنابلة بين الحب والنوى أى بين الزرع والغرس وقد صححنا الوجه الأول أنـه يجبر على ذلك إذا طالبه رب الأرض به ، لأن ملكه نما فى ملك غيره بغـير إذنه ، فأشبه ما لو انتشرت أغصان شجرته فى هواء ملك جاره . وكذلك النوى حيث ينبت شجراً كالزيتون والنخيل ونحوهما فهو لمالك النوى ويجبر على قلعه . وبهذا أخذ الحنابلة وأوجبوا إزالتها قولا واحداً .

فـــرع إذا غرس الأرض المعارة ثم رجع المعير قبل إدراك الزرع ففى لزوم قلعه وجهان (أحدهما) أنه كالغراس فى التبقية والقلع والأرش على ما مضى فى الفصل قبله (والثانى) يجبر المعير على التبقية إلى الحصاد بأجرة المثل ، وذلك لأن الزرع يختلف عن الغرس من حيث الزمن فالزرع يحصد فى أشهر معلومات أما الغراس فلا حد له .

فــرع إذا أعار الرجل جاره حائطا ليضع عليه أجذاعاً فليس للمعير أن يأخذ المستعير بقطعها بعد الوضع ، لأن وضع الأجذاع يراد للاستدامة والبقاء وهل يستحق عليه الأجر بعد رجوعه فى العارية أم لا ؟ على وجهين .

(أحدهما) يستحقها كما يستحق أجرة أرضه بعد الغرس والبناء ، فعلى هذا إن امتنع صاحب الأجذاع من بذلهـا أخذ بقلعها .

(والوجه الثانى) وهو أصح : لا أجرة له : والفرق بين الحائط والأرض أن الحائط قد يصل مالكه إلى منافعه وإن كانت الأجذاع موضوعة فيه وليس كالأرض التى لا يصل مالكها إلى منافعها مع بقاء الغرس والبناء فيها ، مع أن العرف لم يمكن بإجارة الحائط وهو جار ، كما يمكن بإجارة الأرض ، فلو بذل صاحب الحائط ثمن الأجذاع لصاحبها لم يجبر على قبولها ولا على قلعها بخلاف الغرس والبناء ، والفرق بينهما أن الاجذاع إذا حمل أحد طرفيها فى حائط المعير والطرف الآخر فى حائط المستعير فلم يجبر أن يأخذ قيمة ما فى ملكه والغرس والبناء كله فى أرض المعير فجاز أن يجبر على أخذ قيمة ما فى غير ملكه .

فلو انهدم الحائط الذى فيه الأجذاع موضوعة فبناه المالك فهل يجوز لصاحب الأجذاع إعادة موضعها بالإذن الأول أم لا ؟ على وجهين :

(أحدهما) له إعادتها لأن العارية أوجبت دوام وضعها ، فعلى هذا لو امتنع صاحب الحائط من بنائه كان لصاحب الأجذاع أن يبنيه ليصل إلى حقه من وضع أجذاعه فيه .

(والوجه الثانى) ليس له إعادتها ، لأن الحائط المأذون فيه لم يبق وهذا غيره ولم يعره مالكه ، فعلى هذا لو أراد صاحب الأجذاع أن يبنى الحائط عند امتناع صاحبه من بنائه لم يكن له .

فـــرع إذا أعاره جذعاً ليمسك به حائطاً فليس له بعد الإمساك أن يرجع فيه ما كان الحائط قائماً وكان الجذع صحيحاً لما فيــه من إدخال الضرر على صاحب الحائط بعد إقامته من خوف السقوط وهلاكه . وهــل له المطالبة بعد الرجوع بأجرته أم لا ؟ على ما ذكرنا من الوجهين ، فإن أنكسر الجذع أو انهدم الحائط فله الرجوع به لأنه لا يتجدد بأخذه ضرر

فــــرع إذا أعار أرضاً لدفن ميت فليس له بعد الدفن الرجــوع فيها ، لأن دفن الميت للاستدامة والبقــاء شرعا وعرفاً ، ولو رضى أوليــاؤه بنقله منعوا منه ، لأنه حق للميت ولما فيه من انتهاك حرمته بالنقل ، وليس لصاحب الأرض المطالبة بأجرة القبر بعد الرجوع فى العارية وجهاً واحداً لا يختلف لأمرين .

(أحدهما) أن العرف غير جار به . (والثــانى) أن الميت زائل الملك والأولياء لا يلزمهم فلو أن الميت المدفون نبشه الوحش وجب أن يعاد إلى قبره جبراً وليس لصاحب الأرض بعد ظهوره أن يرجع فى عاريته ويمنع من دفنه ، لأنه قد صار حقا للميت مؤبداً ، فلو أن رجلا أذن للناس أن يدفنوا أمواتهم فى أرضه فإن سبلها للدفن فليس له الرجــوع فيها لخروجهــا عن ملكه ، وإن لم يسبلها فله الرجوع فيها ، ولا يكون الإذن بالدفن فيهــا تسبيلا لها . فإذا رجع فله المنع من إحداث دفن ، وليس له نقل من دفن ؛ ويحرم على من أعار الأرض للدفن أن يتصرف على ظاهر القبر من أرضــه لما فيه من انتهاك حرمة الميت مع ورود النهى عنه . فلو أراد أن يدفن فيه ميتا آخر لم يجز إلا أن يتجاوز مكان لحده فيجوز وإن كان مقارنا .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصــــل اذا استعار من رجل عبداً ليرهنه فأعاره ففيه قولان : (احدهما) انه ضمان وان المالك للرهن ضمن الدين عن الراهن فى رقبة عبده ، لآن العارية ما يستحق به منفعة العين والمنفعة ههنا للمالك ، فدل على أنه ضـــمان . (والثانى) أنه عارية لأنه استعاره ليقضى به حاجته فهو كسائر العوارى .

(فان قلنا) انه ضمان لم يصح حتى يتعين جنس الدين وقدره ومحله ، لانه ضمان فاعتبر فيه العلم بذلك وان قلنا : انه عارية لم يفتقر الى ذلك لأنه عارية فلا يعتبر فيه العلم ، فان عين له جنسا وقدراً ومحلا ، تعين على القولين ، لأن الضمان والعارية يتعينان بالتعيين ؛ فان خالفه فى الجنس لم يصح لأنه عقد على ما لم ياذن له فيه ، وان خالفه فى المحل بأن اذن له فى دين مؤجــل فرهنه بدين حال لم يصح ، لأنه قد لا يجد ما يفك به الرهن فى الحال ، وان اذن له فى دين حال فرهنه بدين مؤجل لم يصح ، لأنه لا يرضى أن يحال بينه وبين عبده الى اجل ، فان خالفه فى القدر بأن اذن له فى الرهن بعشرة فرهن

بما دونها جاز ، لان من رضى أن يقضى عن غيره عشرة رضى ان يقضى ما دونه ، وان رهنه بخمسة عشر لم يصح ، لان من رضى بقضاء عشرة لم يرض بما زاد .

فصــــل وان رهن العبد باذنه بدين حال جاز للسيد مطالبته بالفكاك على القولين فى الحال ، لان للمعير آن يرجع فى العارية ، وللضامن آن يطالب بتخليصه من الضمان ، فان رهنه بدين مؤجل باذنه (فان قلنا) انه عارية جاز له المطالبة بالفكاك ، لأن للمعير ان يرجع متى شاء (وان قلنا) انه ضمان لم يطالب قبل المحل لان الضامن الى اجل لا يملك المطالبة قبل المحل .

فصــــل وان بيع فى الدين (فان قلنا) انه عارية رجع السيد على الراهن بقيمته لان العارية تضمن بقيمتها (وان قلنا) انه ضمان رجع بما بيع به ، سواء بيع بقدر قيمته او باقل او باكثر ، لان الضامن يرجع بما غرم ، ولم يغــرم الا ما بيع به .

فصــــل وان تلف العبد فان قلنا انه عارية ضمن قيمته ، لان العارية مضمونة بالقيمة (وان قلنا) انه ضمان لم يضمن شيئاً لانه لم يغرم شيئاً .

فصــــل وان استعار رجل من رجلين عبداً فرهنه عند رجل بمائة ثم قضى خمسين على ان تخرج حصة احدهما من الرهــــن ، ففيــــه قولان : (احدهما) لا تخرج لأنه رهنه بجميع الدين فى صفقة فلا ينفك بعضــه دون بعض (والثانى) يخرج نصفه لانه لم يأذن كل واحد منهما الا فى رهن نصيبه بخمسين ، فلا يصير رهنا باكثر منه) .

الشرح الأحكام : سبق أن قلنا إن العارية إباحة المنفعة فلم يجــز أن يبيحها غيره ، ولكن إذا أذن له المعير فى إجارتها أو رهنها أو إعارتها مدة معلومة جاز ، لأن الحق لمالكه فجاز ما أذن فيه . وهل تكون العين مضمونة على المستعير ؟ أم تبقى يده على الائتمان .

قلنا : إن كان ذلك بإذنه لا تكون العين مضمونة ، أما إذا خالف المستعير المعير بأن أذن له فى رهنها فأعارها ففيه قولان (أحدهما) أنه لا ضــــمان لأن العين قد استعارها للانتفاع بمنفعتها ولقضاء حاجته منها (والثانى) أنه تعدى فى منفعة العين على وجه لم يأذن فيه مالكها ، وهو الذى يملك المنفعة فدل على أنه ضمان . وقال ابن المنذر : إذا استعار الرجل من الرجل شيئاً يرهنه عند رجل على شىء معلوم إلى وقت معلوم فرهن ذلك على ما أذن فيه

له فقد أجمعوا على أن ذلك جائز ، وذلك لأنه استعاره ليقضى به حاجته ، نصح كسائر العوارى .

فإن أذن له فى رهن العارية ، فإن مالك العارية يكون مالكا للرهن فيضمن بذلك الدين عن الراهن ، فيجب أن يكون المعير عالماً بقدر الدين ومحله ، فاذا خالفه فى أيهما لم يصح لما يترتب عليه من حرج لمالك الرهن .

وقال أحمد وأبو ثور وأصحاب الرأى : لا يعتبر العلم بقدر الدين وجنسه إلا إذا عينه المستعير من تلقاء نفسه لأن العارية لا يعتبر فيها العلم ، ولأن العارية لجنس من النفع فلم تعتبر معرفة قدره كعارية الأرض للزرع . ولنا فى هذه المسألة قولان . وكذلك إذا رهنه بأكثر مما قدره . أوحال بمؤجل أو مؤجل بحال للعلل التى أوضحها المصنف ، فإذا رهنه بأقل من القدر الذى عينه جاز ، لأن من رضى بعشرة رضى بما دونها عرفاً ، فأشبه من أمر بشراء شىء بثمن فاشتراه بأنقص ، وللمعير مطالبة الراهن بفكاك الرهن فى الحال ، سواء كان بدين مؤجل أو حال ، لأن للمعير الرجوع فى العارية متى شاء . وهو أحد القولين عندنا ، وقول واحد عند أصحاب أحمد .

فرع إذا حل الدين فلم يفكه الراهن جاز بيعه لأن ذلك مقتضى الرهن ، فإذا بيع فى الدين أو تلف . فإن قلنا : إنه عارية رجع المعير على المستعير بقيمتها لأن العارية تضمن بقيمتها ، وإن تلف من غير تفريط فلا شىء على المرتهن ، لأن الرهن لا يضمن من غير تعد . وإذا استعار عارية من رجلين فرهنها بمائة ثم قضى خمسين على أن تخرج حصة أحدهما فقولان (أحدهما) لا تخرج لأنه رهنها بجميع الدين فى الصفقة فلا ينفك بعضه بقضاء بعض الدين كما لو كان العبد لواحد . وبهذا قال أحمد وأصحابه (والثانى) يخرج نصفه لأن كل واحد منهما لم يأذن إلا فى رهن نصيبه . وله أن يرجع متى شاء والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصــــل اذا ركب دابة غيره ثم اختلفا فقال المالك اكريتكها فعليك الأجرة وقال الراكب : بل أعرتنيها فلا أجرة لك ، فقد قال فى العارية : القول قــول الراكب . وقال فى المزارعة : اذا دفع ارضه الى رجل فزرعها ثم اختلفا فقال المالك : أكريتكها وقال الزارع بل اعرتنيها ، فالقول قول المالك ؛ فمن أصحابنا من حمل المسئلتين على ظاهرهما ، فقال فى الدابة : القول قول الراكب ، وقال فى الأرض : القول قول المالك لأن العادة أن الدواب تعار ، فالظاهر فيها مع الراكب . والعادة فى الأرض انها تكرى ولا تعار ؛ فالظاهر فيها مع المالك ، ومنهم من نقل الجواب فى كل واحدة منهما الى الأخرى وجعلهما على قولين ، وهو اختيار المزنى . (احدهما) : أن القول قول المالك ، لأن المنافع كالأعيان فى الملك والعقد عليها ، ثم لو اختلفا فى عين فقال المالك : بعتكها . وقال الآخر : بل وهبتنيها . كان القول قول المالك . فكذلك اذا اختلفا فى المنافع .

(والثانى) ان القول قول المتصرف ، لأن المالك اقر بالمنافع له ، ومن اقر لغيره بملك ثم ادعى عليه عوضا لم يقبل قوله : (فان قلنا) ان القول قول المالك حلف ووجبت له الاجرة وفى قدر الأجرة وجهان :

(احدهما) يجب المسمى لانه قبل قوله فيها وحلف عليها .

(والثانى) انه تجب أجرة المثل وهو المنصوص لانهما لو اتفقا على الاجرة واختلفا فى قدرها وجبت اجرة المثل فلأن تجب اجرة المثل وقــد اختلفا فى الأجرة أولى . فان نكل عن اليمين لم يرد على المتصرف لأن اليمين انما تــرد ليستحق بها حق والمتصرف لا يدعى حقا فلم ترد عليه .

(وان قلنا) ان القول قول المتصرف حلف وبرىء من الأجرة ، فان نكل رد اليمين على المالك ــ فاذا حلف ــ استحق المسمى وجها واحداً لان يمينه بعد النكول كالبينة فى احد القولين وكالاقرار فى الآخر وايهــــما كان وجب المسمى ، وان تلفت الدابة بعد الركوب ثم اختلفا (فان قلنا) ان القول قــول المالك حكم له بالأجرة (وان قلنا) القول قول الراكب ،فهل يلزمه أقل الأمرين من الاجرة او القيمة ؟ فيه وجهان : (أحدهما) يلزمه لاتفاقهما على استحقاقه. (والثانى) لا يحكم له بشىء لأنه لا يدعى القيمة ولا يستحق الأجرة .

فصــــل وان قال المالك : غصبتنيها فعليك الأجرة ، وقال المتصرف : بل اعرتنيها فلا أجرة على ، فان المزنى نقل ان القول قول المستعير ، واختلف اصحابنا فيه ؛ فمنهم من قال المسئلة على طريقين كما ذكرنا فى المسئلة قبلها . (أحدهما) الفرق بين الأرض والدابة . (والثانى) انهما على قولين لأن الخلاف

فى المسئلتين جميعا فى وجوب الأجرة ، والمالك يدعى وجوبها ، والمتصرف ينكر فيجب أن لا يختلفا فى الطريقين .

ومنهم منْ قال : ان القول قول المالك ، وما نقل المزنى غلط ، لان فى تلك المسألة اقر المالك للمتصرف بملك المنافع ، فلا يقبل قوله فى دعوى العوض ، وههنا اختلفا ان الملك للمالك او للمتصرف والأصل انها للمالك .

فصـــل وان اختلفا فقال المالك : اعرتكها . وقال الراكب بل اجرتنيها فالقول قول المالك لانهما اتفقا ان الملك له ، واختلفا فى صفة انتقـــال اليد ، فكان القول قول المالك ، فان كانت العين باقية حلف واخذ . وان كانت تالفة نظرت فان لم تمض مدة لمثلها اجرة حلف واستحق القيمة ، وان مضت مدة لمثلها اجرة فالمالك يدعى القيمة والراكب يقر له بالأجرة . فان كانت القيمـة اكثر من الأجرة لم يستحق شيئا حتى يحلف ، وأن كانت القيمة مثل الأجرة أو اقل منها ، ففيه وجهان .

(احدهما) يستحق من غير يمين ، لانهما متفقان على استحقاقه .

(والثانى) لا يستحق عن غير يمين ، لانه اسقط حقه من الأجرة وهو يدعى القيمة بحكم العارية ، والراكب منكر ؛ فلم يستحق من غير يمين .

فصـــل وان اختلفا فقال المالك : غصبتنيها فعليك ضمانها واجرة مثلها وقال الراكب : بل اجرتنيها فلا يلزمنى ضمانها ، ولا اجرة مثلها ، فالقول قول المالك مع يمينه ، لان الاصل انه ما اجره ، فان اختلفا ــ وقد تلفت العين ــ حلف واستحق القيمة ، وان بقيت فى يد الراكب مدة ثم اختلفا ، فان المالك يدعى اجرة المثل والراكب يقر بالمسمى فان كانت اجرة المثل اكثر من المســمى لم يستحق الزيادة حتى يحلف ، وان لم تكن اكثر استحق من غير يمين ، لانهما متفقان على استحقاقه ، والله اعلم) .

الشرح الأحكام : قال الشافعى فى العارية من الأم : ولو قال رب الدابة : أكريتها إلى موضع كذا بكذا ، وقال الراكب : بل عارية كان القول قول الراكب مع يمينه ، ولو قال : أعرتنيها ، وقال ربها : غصبتها كان القول قول المستعير ، قال المزنى : هذا عندى خلاف أصله ، لأنه يجعل من سكن دار رجل كمن تعدى على سلعة فأتلفها فله قيمة السكن ، وقوله : من أتلف شيئاً ضمن ، ومن ادعى البراءة لم يبرأ به ؛ وجملة هذه المسألة أن الكلام يشتمل فيها على أربعة فصول . فالفصل الأول وهو مذكور فى الأم صورته

فى رجل ركب دابة غيره ثم اختلفا ، فقال المالك أجرتكها فلى الأجرة ، وقال الراكب : أعرتنيها ، فليس لك أجرة . فالذى نص عليه الشافعى فى كتاب العارية أن القول قول الراكب ، فاختلف أصحابنا لاختلاف هذا الجواب ، فكان أبو إسحاق المروزى وأبو على بن أبى هريرة وجمهورهم ينقلون جواب كل واحدة من المسألتين إلى الآخر ، ويخرجونها على قولين

(أحدهما) وهو اختيار المزنى والربيع أن القول قول المالك فى الدابة والأرض على ما نص عليه فى المزارعة وله الأجرة ، ووجهته ما ذكره المزنى ، وهو أن المنافع مملوك تصح المعاوضة عليها كالأعيان ، ثم ثبت أنهما لو اختلفا فى العين بعد استهلاكها ، فقال ربها : بعتها عليك ، وقال المستهلك : بل وهبتنيها ، فإن القول قول المالك دون المتلف وله الأجرة .

(والقول الثانى) أن القول قول الراكب فى الدابة والزارع فى الأرض معاً على ما نص عليه فى العارية ولا أجرة عليه ، ووجهه أنهما متفقان على أن المتصرف قد استهلك منافع لنفسه إما بعارية أو إجارة ، ومن ادعى ثبوت عوض على غيره فى استهلاك منافعه لم يقبل منه ، وخالف استهلاك العين التى قد اتفقا عليها أنها ملك لربها دون مستهلكها ، وفى هذا انفصال عما ذكره المزنى توجيها .

وقال أبو العباس بن سريج : ليس ذلك على اختلاف قولين وإنما الجواب على ظاهره فى الموضعين فيكون القول فى الدابة قول راكبها وفى الأرض قول مالكها اعتبارا بالعرف فيهما ، لأن العادة فى الدواب جارية باعارتها ، فكانت العادة شاهدة لراكبها ، والعادة جارية فى الأرض بالإجارة فكانت العادة شاهدة لمالكها ، وهذه طريقة أبى العباس فى اعتبار العرف والعادة فيها ، وليست مذهباً للشافعى لأن من يؤجر قد يعير ، ومن يعير قد يؤجر .

فإذا تقرر ما وصفنا فإن قلنا : إن القول قول رب الدابة والأرض فمع يمينه فإذا تلف فله الأجرة ، وفيها وجهان :

(أحدهما) أنه القدر الذى سماه ، لأنه قد جعل القول قوله فيه .

(والوجه الثانى) وهو أصح أن له أجرة المثل لأنهما لو اختلفا فى الأجرة مع اتفاقهما على الإجارة لم يقبل قول المؤجر فيها ، فأولى أن لا يقبل قوله مع اختلافهما فيها ، فإن نكل المالك عن اليمين لم ترد على المتصرف المستعير، لأن ردها لا يفيد ، لأن الأجرة ساقطة عنه لنكول المالك . وإن قلنا : إن القول قول الراكب مع يمينه ، فإن حلف برىء من الأجرة ورد الدابة ، وإن نكل ردت اليمين على المالك ليستحق بها ما ادعاه من الأجرة فإذا حلف فله المسمى وجهاً واحداً ، لأن يمينه بعد النكول ، إما أن تجرى مجرى البينة أو الإقرار وأيهما كان فيوجب الحكم بالمسمى .

فلو كانت الدابة قد تلفت بعد الركوب ثم اختلفا فالمالك يدعى الأجرة دون القيمة ، والراكب يقر بالقيمة دون الأجرة ــ فإن قلنا : إن القول قول المالك حكم له بالأجرة وحدها دون القيمة لأنه لا يدعيها . وإن قلنا : إن القول قول الراكب فهل يلزمه للمالك أقل الأمرين من الأجرة أو القيمة ؟ على وجهين .

(أحدهما) يحكم له به لاتفاقهما على استحقاقه .

(والوجه الثانى) لا يحكم له بشىء فيها لأنه لا يدعى القيمة ولا يستحق الأجرة .

(والفصل الثانى) وهو أن يقول المالك : غصبتها ويقول الآخر : بل أعرتنيها فهذا الاختلاف مؤثر فى الأجرة دون القيمة ، لأن العارية مضمونة كالغصب وأجرة العارية غير مضمونة بخلاف الغصب ، فإن كان هذا قبل الركوب سقط تأثير هذا الاختلاف ، وإن كان بعد الركوب فالذى نقله المزنى ههنا أن القول قول المستعير فاختلف أصحابنا فكان أبو على بن أبى هريرة يخرجها على قولين كالمسألة الأولى لاشتراكهما فى العلة ، ويجعل قول المزنى ههنا أحد القولين .

وذهب آخرون من أصحابنا إلى أن القول فى هـذه المسألة قول المالك قولا واحداً ، والفرق بين هذه المسألة والتى قبلها أن فى اختلافهما فى العارية والإجارة اتفاقا على أن الراكب مالك للمنفعة ، فجاز أن لا يقبل قول المالك فى الأجرة ، ولم يتفقا على مثل ذلك فى هذه المسـألة ، لأن المالك يقول : أتلفت أيها الراكب منفعتى بغير حق ، والراكب يقول : أتلفتها مستعيراً بحق ، فلم يصدق .

فمن قال بهذا أجاب عما نقله المزنى بجوابين .

(أحدهما) أن ذلك خطأ من المزنى فى نقله وسهوه .

(والثانى) تسليم الرواية واستعمالها على أحد تأويلين إما على : القول قول المستعير فى قدر الأجرة ، وإما على : أن القول قول المسـتعير فى أن لا يلزمه الضمان إلا فى العارية دون الغصب ، وهذا تأويل من فرق بين ضمان العارية وضمان الغصب ، فعلى هذا لو تلفت الدابة ضـمن قيمتهـا وكانت الأجرة على ما مضى .

(والفصل الثالث) أن يقول رب الدابة : أعرتكها ، ويقـول الراكب : استأجرتها فتأثير هذا الاختلاف من وجهين .

(أحدهما) فى ضمان رقبتها . لأن العـارية مضـمونة والمؤاجـرة غير مضمونة فإن كانت الدابة باقية سقط هذا الاختلاف

(والثانى) لزوم ركوبها تلك المدة ، فإن كانت الدابة تالفة أو المـدة منقضية سقط تأثير هذا الاختلاف ، فيكون القول قول المالك مع يمينه أنه ما أجرها لأن الراكب يدعى عليه عقداً فى إجارتها ، فإن كانت الدابة قائمة أخذها ولا أجرة له ، لأن الراكب وإن أقر بها فالمالك لا يدعيها ، وإن كانت الدابة تالفة كان له الرجوع على الراكب بقيمتها لأنها تالفة فى يده وهو يدعى بالإجارة استئماناً فلم تقبل دعواه ، ولزمه غرم القيمـة ، فإن لم يكن لمدة الركوب أجرة لم يكن للمالك القيمة إلا بعد يمينه بالله تعالي أنه ما أجرها .

ولقــد أعارها ، إلا أن تنقضى فيحلف بالله تعالى لقــد أعارها ، ولا يحلف ما أجرها لانقضاء زمن الإجارة وإن كان لمدة الركوب أجرة هى بقدر القيمة فصاعداً فهل يجب على المالك يمين يستحق بها القيمة أم لا ؟ على وجهين .

(أحدهما) لا يمين عليه ، لأن الراكب مقر له أجرة ، والمالك يدعيها قيمة فصارا متفقين على استحقاقه . وإن اختلفا فى جنسه فسقطت اليمين فيه

(والوجه الثانى) عليه اليمين لأنه قد أسقط حقه من الأجرة فلم يؤثر إقرار الراكب بها وهو يدعى القيمة . والراكب منكر لها . فإذا حـكم له بدعواه لما ذكرنا من التعليل فلا يثبت إلا باليمين .

(والفصل الرابع) : أن يقـول المالك غصـبتنيها . ويقـول الراكب : أجرتنيها : فتأثير هذا الخلاف من وجهين (أحدهما) فى ضمان الرقبة ، لأن المغصوب مضمون والمؤجر غير مضمون . فإن كانت العين باقية سقط تأثير هذا الاختلاف والثانى فى لزوم المدة ، فإن كانت المدة قد انقضت أو الدابة قد هلكت سقط تأثير هذا الاختلاف . وإذا كان كذلك فالقول قول المالك مع يمينه أنه ما أجره ويصير الراكب ضامنا للدابة والأجرة . فيأخذ بالملك من غير يمين إلا أن تكون أجرة المثل أكثر من المسمى الذى أقر به الراكب . فلا يستحق الزيادة إلا بيمين . وأما القيمة فلا يستحقها إلا بيمين . والله أعلم بالصواب . وهو حسبى ونعم الوكيل .

فــرع فى مذاهب العلماء

قال ابن قدامة من الحنابلة : وإن قال المالك : غصبتها ، وقال الراكب : أجرتنيها فالاختلاف هنا فى وجوب القيمة ؛ لأن الأجر يجب فى الموضعين ، إلا أن يختلف المسمى وأجر المثل ، والقول قول المالك مع يمينه ، فإن كانت الدابةتالفة عقيب أخذها حلف وأخذ قيمتها ، وإن كانت قد بقيت مدة لمثلها أجر والمسمى بقدر أجر المثل أخذه المالك لاتفاقهما على استحقاقه ، وكذلك إن كان أجر المثل دون المسمى . وفى اليمين وجهان . وإن كان زائداً على المسمى لم يستحقه إلا بيمين وجها واحداً والله أعلم .

وقال العلامة الدردير فى الشرح الصغير من كتب المالكية :

(وجاز) أن يقول : (أعنى بغلامك) مثلا فى هذا اليوم أو الشهر (لأعينك) فى غد مثلا بغلامى أو دابتى (وهى) حينئذ (إجارة) لا إعارة لأنها منافع بمنافع . وسواء اتحد نوع المعار فيه أو اختلف كبناء وحصاد ، وسواء اتحد الزمن فيهما أو اختلف فيشترط فيها تعيين الزمن أو العمل كالإجارة .

(وضمن) المستعير (ما يغاب) عليه كالحلى والثياب مما شأنه الخفاء إن ادعى ضياعه إلا لبينة على ضياعه بلا سببه بخلاف مالا يغاب عليه كالحيوان والعقار (ولو شرط نفيه) أى نفى الضمان عن نفسه (على الأرجح) وقيل : إن شرط نفيه إفادة فلا ضمان عليه وأشار الشيخ لهما بالتردد .

(لا غيره) أى لا يضمن غير ما يغاب عليه كالحيوان (ولو شرطه) على المعير . (والقول له) أى للمستعير (فى التلف أو الضياع) فيما لا يغاب عليه ، فيصدق ولا ضمان عليه (إلا لقرينة كذلك) كأن يقول : تلف أو ضاع يوم كذا فتقول البينة : رأيناه معه بعد ذلك اليوم أو تقول الرفقة التى معه فى السفر :

ما سمعنا ذلك ولا رأيناه (وحلف ما فرط) إن ادعى عليه أنه إنما حصل التلف أو الضياع أو العيب الذى قام به بتفريطه سواء كان مما يغاب عليه أم لا كسوس وقرض أرضة أو فأر أو بلل أو دهن أو حبر أو نحو ذلك بالمستعار كثوب وكتاب (و) القول له (فى رد ما لم يضمن) لربه وهو ما لا يغاب عليه كالحيوان (إلا لبينة مقصودة) أشهدها المعير عند الإعارة لخوف ادعاء المستعير الرد ، فحينئذ لا يقبل قوله بردها إلا ببينة تشهد له بردها لربها (وفعل) المستعير : أى جاز له أن يفعل الفعل (المأذون) له فيه (و) أن يفعل (مثله) كأن استعارها ليركبها من المكان كذا فيركبها إليه أو ليحمل عليها أردب فول فحمل عليها أردب قمح ، وأما الذهاب بها فى مسافة أخرى مثل ما استعارها لها فلا يجوز ويضمن إن عطبت كالإجارة على

قول ابن القاسم وهو الأرجح (لا أضر) مما استعارها له ، فلا يجوز ثم تارة يحمل عليها ما تعطب بمثله وتارة ما لم تعطب به .

وفى كل إما أن تعطب وإما أن تتعيب وإما أن تسلم . (فإن زاد ما تعطب به وعطبت فله) أى لربها (قيمتها) وقت الزيادة عليها ، لأنه وقت التعدى (أو كراؤه) أى كراء الزائد فقط وخيرته تنفى ضرره (وإلا) بأن زاد مالا تعطب به وعطبت أو تعيبت أو سلمت أو ما تعطب به وسلمت (فالكــراء) أى كراء الزائد فقط فى الأربع صــور وبقى الســادسة : وهى ما إذا زاد ما تعطب به فتعيبت أشار لحكمها بقوله (فلو تعيبت) فيما إذا زاد عليهــا ما تعطب به (فالأكثر من الكراء) للزائد (وقيمة العيب) أى أرشــه يلزم المستعير والكلام فى زيادة الحمل ، وأما المسافة فكالإجارة ، فإن عطبت ضمن قيمتها ، وإن سلمت فكراء الزائد ، وإن تعيبت فالأكثر من كراء الزائد ، وأرش العيب . (ولزمت) الاستعارة (المقيدة بعمل) كطحن إردب أو حمله لكذا أو ركوب له (أو أجل) كأربعة أيام أو أقل أو أكثر (لانقضائه) أى العمل أو الأجل فليس لربها أخذها قبله سواء كان المستعار أرضاً لزراعة أو سكنى أو لوضع شىء بها أو كان حيواناً لركوب أو حمل أو غير ذلك أو كان عرضاً (وإلا) يكن تقيد بعمل أو أجل بل أطلقت (فلا) تلزم ولربها أخذها متى شاء ولا يلزم قدر ما تراد لمثله عادة على المعتمد ، وما مشى عليه الشيخ ضعيف .

(وإن زعم) شخص (أنه مرسل) بأن قال : أرسلنى فلان (لاستعارة نحو حلى) منكم له فصدق ودفع له ما طلب فأخذه (وتلف) أى ادعى أنه تلف منه (ضمنه المرسل) له (إن صدقه) فى إرساله .

(وإلا) يصدقه (حلف) أنه ما أرسله (وبرىء وضمن الرسول) ولا يحلف (إلا لبينة) تشهد له أنه أرسله فلان فالضمان حينئذ على من أرسله ولا عبرة بيمينه الذى حلفه

(وإن اعترف) الرسول (بالتعدى) وأنه لم يرسله أحد (ضمن إن كان

رشيداً) لا صبياً ولا سفيها إذ لا ضمان عليهما (أو) كان (عبداً) أى رقيقاً في ذمته فلا يباع لذلك بل يتبع به .

(إن عتق ما لم يسقطه) عنه (السيد) قبل عتقه وإلا سقط ولا يتبع بعده . (ومؤنة أخذها) أى العارية من محل ربها إن كان يحتاج لمؤنة (و) مؤنة ردها على المستعير (والعلف) وهى عند المستعير (على ربها) لا على المستعير وقيل على المستعير والقولان ذكرهما الشيخ بلا ترجيح والله تعالى أعلم بالصواب .

قال المصنف رحمه الله تعالى

كتـــاب الشـــفعة

وتجب الشفعة فى العقار لما روى جابر رضى الله عنه قال : « قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالشفعة فى كل شرك لم يقسم ربعه ، او حائط لا يحل له ان يبيعه حتى يؤذن شريكه » فان شاء اخذ وان شاء ترك ، فان باعه ولم يؤذنه فهو احق به ، ولأن الضرر فى العقار يتابيد من جهة الشريك فثبتت فيه الشفعة لازالة الضرر .

فصـــل واما غير العقار من المنقولات فلا شفعة فيه لما روى جابر رضى الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « لا شفعة الا فى ربعة او حائط » واما البناء والغراس ، فانه ان بيع مع الارض ثبتت فيه الشفعة لما روى جابر رضى الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « من كان له شريك فى ربع او نخـل فليس له ان يبيع حتى يؤذن شريكه ، فان رضى اخذه ، وان كرهه تركه » ولأنه يراد للتابيد فهو كالأرض ، فان بيع منفرداً لم تثبت فيه الشفعة لانه ينقل ويحول فلم تثبت فيه الشـــفعة . واختلف اصحابنا فى النخل اذا بيعت مع قرارها مفردة عما يتخللها من بياض الأرض فمنهم من قال : تثبت فيه الشفعة لانه فرع تابع لأصل ثابت . ومنهم مـن قال : لا شفعة فيها ، لأن القرار تابع لها فاذا لم تجب الشفعة فيها اذا بيعت مفردة لم تجب فيها وفى تبعها ، وان كانت داراً سفلها لواحد وعلوها مشـترك بين جماعة ، فباع احدهم نصيبه فان كان السقف لصاحب السفل لم تثبت الشفعة فى الحصة المبيعة من العلو ، لانه بناء منفرد ، وان كان السقف للشركاء فى العلو ففيه وجهان : (احدهما) لا تثبت فيه الشفعة ، لانه لا يتبع ارضـا (والثانى) تثبت لأن السقف ارض لصاحب العلو يسكنه ، ويأوى اليه فهـو كالأرض .

فصـــل وان بيع الزرع مع الارض او الثمرة الظاهرة مع الاصـــل لم تؤخذ مع الأصل بالشفعة ، لأنه منقول فلم يؤخذ مع الارض بالشفعة كثيران الضيعة ، فان بيع وفيه ثمرة غير مؤبرة ففيه وجهان : (احدهما) تؤخذ الثمرة مع الاصل بالشفعة ، لانها تبعت الأصل فى البيع فاخذت معه بالشفعة كالغراس (والثانى) لا تؤخذ لانه منقول فلم تؤخذ مع الأصل كالزرع والثمرة الظاهرة .

فـــصل ولا تثبت الشفعة الا للشريك فى ملك مشاع ، فاما الجار والقاسم فلا شفعة لهما لما روى جابر رضى الله عنه قال : « انما جعل رسول الله صلى الله عليه وسلم الشفعة فى كل ما لم يقسم ، فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة » ولان الشفعة انما تثبت لانه يدخل عليه شريك فيتأذى به . فتدعو

الحاجة الى مقاسمته فيدخل عليه الضرر بنقصان قيمة الملك ، وما يحتـاج الى احداثه من المرافق وهذا لا يوجد فى المقسوم •

فصـــل ولا تجب الا فيما تجب قسمته عند الطلب ، فأما ما لا تجب قسمته كالرحا والبئر الصغير والدار الصغيرة فلا تثبت فيه الشفعة • وقال ابو العباس : تثبت فيه الشفعة لانه عقار فثبت فيه الشفعة قياساً على ما تجب قسمته ، والمذهب الأول ، لما روى عن امير المؤمنين عثمان رضى الله عنه أنه قال : ((لا شفعة فى بئر والأرف يقطع كل شفعة)) ولأن الشفعة انما تثبت للضرر الذى يلحقه بالمقاسمة ، وذلك لا يوجد فيما لا يقسم •

واما الطريق المشترك فى درب مملوك ينظر فيه ، فان كان ضيقا اذا قسم لم يصب كل واحد منهم طريقاً يدخل فيه الى ملكه فلا شفعة فيه ، وان كان واسعا نظرت فان كان للدار المبيعة طريق آخر وجبت الشفعة فى الطريق لأنه ارض مشتركة تحتمل القسمة ، ولا ضرر على احد فى أخذه بالشفعة فأشـبه غير الطريق وان لم يكن للدار طريق غيره ففيه ثلاثة اوجه •

(احدها) لا شفعة فيه ، لأنا لو اثبتنا الشفعة فيه اضررنا بالمشترى لأنه يبقى ملكه بغير طريق ، والضرر لا يزال بالضرر •

(والثانى) تثبت فيه الشفعة • لأنه ارض تحتمل القسمة فتثبت فيهـا الشفعة كغير الطريق •

(والثالث) انه ان مكن الشفيع المشترى من دخول الدار ثبت له الشفعة، وان لم يمكنه فلا شفعة لأنه مع التمكين يمكن دفع الضرر من غير اضرار ، ولا يمكن مع عدم التمكين الا بالاضرار •

فصـــل وتثبت الشفعة فى الشقص المملوك بالبيع لحديث جابر رضى الله عنه ان النبى صلى الله عليه وسلم قال : ((فان باعه ولم يؤذنه فهو احق به)) وتثبت فى كل عقد يملك الشقص فيه بعوض كالاجارة والنكاح ، والخلع ، لأنه عقد معاوضة فجاز ان تثبت الشفعة فى الشقص المملوك به كالبيع •

فصـــل فاما فيما ملك فيه الشقص بغير عوض كالوصية والهبة من غير عوض فلا تثبت فيه الشفعة لأنه ملكه بغير بدل فلم تثبت فيه الشفعة ، كمـا لو ملكه بالارث ، وان باع من رجل شقصا فعفا الشفيع فيه عن الشفعة ثم رجع الشقص اليه بالاقالة لم تثبت فيه الشفعة لأنه لم يملكه بعوض وانما انفسـخ البيع ورجع المبيع الى ملكه بغير بدل ، فان باعه شقصا فعفا الشـــفيع عن الشفعة ثم ولاه رجلا ثبتت فيه الشفعة ؛ لأن التولية بيع براس المال وان قال

لأم ولده : ان خدمت ورثتى شهراً فلك هــذا الشــــقص ، فخدمتهم ملكت الشقص ، وهل تثبت فيه الشفعة ؟ فيه وجهان : (أحدهما) أنه تثبت لأنها ملكته ببدل هو الخدمة فصار كالمملوك بالاجارة . (والثانى) لا تثبت فيه الشفعة لانه وصية فى الحقيقة لأنه يعتبر من الثلث فلم تثبت فيه الشفعة كســـائر الوصايا ، وان دفع المكاتب الى مولاه شقصاً عن نجم عليه ثم عجز ورق فهل للشفيع فى الشقص شفعة أم لا ؟ فيه وجهان :

(احدهما) لا شفعة فيه ، لان بالعجز صــــار ماله للمولى بحـــق الملك لا بالمعاوضة وما ملك بغير المعاوضة لا شفعة فيه . (والثانى) تثبت فيه لأنه ملكه بعوض فثبت فيه الشفعة فلا تسقط بالفسخ بعده .

فصـــــل **وان بيع شقص فى شركة الوقف ؛ فان قلنا ان الموقوف عليــه لا يملك الوقف لم تجب فيه الشفعة لأنه لا ملك له ، وان قلنا : انه يملك ففيه وجهان : (احدهما) أنه ياخذ بالشفعة . لأنه يلحقه الضرر فى ماله من جهــة الشريك فاشبه مالك الطلق . (والثانى) لا ياخذه لأن ملكه غير تام ؛ بدليل انه لا يملك التصرف فيه ، فلا يملك به ملكا تاما) .**

الشرح قال الضياء المقدسى فى شرحه الثلاثيات المسند :

الشفعة لغة الزيادة ، لأن الشفيع يضم ما يشفع فيه إلى نصيبه فــكأنه كان وتراً فصار شفعاً ، والشفيع فعيل بمعنى فاعل ، وعــرفا : اســتحقاق الشريك انتزاع حصة شريكه المنتقل عنه من يد من انتقلت إليه . ا هـ (قلت: وقوله : استحقاق شريك) من إضافة المصدر لفاعله :

قال الحافظ ابن حجر فى الفتح : الشفعة بضم المعجمة وسكون الفــاء وغلط من حركها ، وهى مأخوذة لغة من الشفع وهو الزوج ، وقيل من الزيادة، وقيل من الاعانة ، وفى الشرع : انتقال حصة شريك إلى شريك كانت انتقلت إلى أجنبى بمثل العوض المسمى . ا هـ .

وقد ثبتت بالســـنة والاجماع فأما السنة فالحديث الذى ســـاقه المصنف عن جابر ولفظه عند مسلم والنسائى وأبى داوود « أن النبى صلى الله عليه وسلم قضى بالشفعة فى كل شركة لم يقسم ربعه أو حائط لا يحــل له أن يبيع حتى يؤذن شريكه فإن شاء أخذ وإن شاء ترك ، فإن باعه ولم

يؤذنه فهو أحق به » ولفظه عند الترمذى وصححه « قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : إذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة » .

ولفظه عند أحمد والبخارى وأبى داوود وابن ماجه « إنما جعل النبى صلى الله عليه وسلم الشفعة » وفى رواية عند أحمد والبخارى والشافعى فى الأم « أن النبى صلى الله عليه وسلم قضى بالشفعة فى كل ما لم يقسم ، فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة » وكلها عن جابر إلا الشافعى فقد قال : أخبرنا مالك عن الزهرى عن سعيد بن أبى سلمة . وقد روى عن أبى هريرة قال : « قال رسول الله صلى الله عليه وسلم وإذا قسمت الدار وحددت فلا شفعة » رواه أبو داوود وابن ماجه بمعناه .

وقال أبو محمد على بن حزم فى كتاب المحلى : وجدت فى كتاب يحيى ابن مالك بن عائذ بخطه أخبرنى القاضى أبو عبد الله الحسين بن أحمد ابن محمد بن سلمة المعروف بابن أبى حنيفة قال أنا : أبو جعفر الطحاوى قال أنا محمد بن خزيمة أنا يوسف بن عدى ــ هو القراطيسى ــ أنا ابن إدريس هو عبد الله الأودى عن ابن جريج عن عطاء عن جابر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالشفعة فى كل شىء » .

اما الاجماع فقد انعقد ولم يختلف العلماء على مشروعيتها إلا ما نقل عن أبى بكر الأصم من إنكارها ، وفى ذلك يقول بعضهم : لا عبرة بقول الأصم فإنه عن الحق أصم .

قال الماوردى فى الحاوى : إن ما روى فى الشفعة وإن لم يكن متواتراً فالعمل به مستفيض يصير به الخبر كالمتواتر ، ثم الإجماع عليه منعقد . والعلم بكونه شرعاً واقع وليس فى التمسك بحديث « لا يحل مال امرىء مسلم إلا بطيب نفس منه » ما يمنع من الشفعة لأن المشترى يعاوض عليها بما بذله فيصل إليه ولا يستحل منه .

اذا ثبت هذا فإن الشفعة تجوز للمسلم والكافر عند الشافعى وأبى حنيفة ومالك . وخالف أحمد فقهاء مذهبه على أنه لا شفعة لكافر على مسلم، قال الضياء المقدسى : نص عليه أحمد قال فى الانصاف : وهو المذهب وعليه الأصحاب وهو من مفردات المذهب ، وبه قال الحسن البصرى والشعبى ، وقد أفاض الضياء فى شرح عمدة الأحكام فى بيان العلة ووجه المذهب من جهة الدليل ، كما تفرد أبو حنيفة دون الثلاثة بوجوب الشفعة للجار ، وهو رواية عن أحمد إلا أنها مرجوحة بالمرة حسب الأظهر من المذهب .

اذا ثبت هذا فإن الشفعة مستحقة فى عراص الأرضين . ويكون ما أثقل بها من الغراس والبناء تبعاً ، وإن كان المبيع منها مشاعا كانت الشفعة فيه على قولين وإن كان المبيع منها محرراً فالذى عليه جمهور الناس أنها غير واجبة ، وبه قال من الصحابة عمر وعثمان وعلى فى أصح الروايتين عنه ، ومن التابعين سعيد بن المسيب وأبو سلمة بن عبد الرحمن وعروة بن الزبير ، ومن الفقهاء ربيعة ومالك وأحمد وإسحاق وأهل الحرمين .

وقال أبو حنيفة وصاحباه وسفيان الثورى : إن الشفعة المجوزة مستحقة للجار . وليس لهم فيه سلف . وربما أضافوه إلى ابن مسعود ، فإن عفا الجار عنها كانت لمن يليه فى القرب لمن يليه إلى آخر الجوار ، إلا أن تكون الطريق نافذة فلا يجب لغير الجار الملاصق استدلالا برواية عمرو بن الشريد عن أبى رافع أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « الجار أحق بشقصه » وروى « بسقبه » أى بقربه ، وبرواية شعبة عن قتادة عن الحسن عن سمرة عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال : « جار الدار أحق بدار الجار أو الأرض » وبرواية عبد الملك بن أبى سليمان عن عطاء عن جابر قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « الجار أحق بشفعة جاره ينتظر بها وإن كان غائباً إذا كان طريقهما واحداً » .

وروى أبو سعيد الخدرى أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « الخليط أحق من الشفيع . والشفيع أحق من غيره » وروى عمرو بن الشريد ابن سويد عن أبيه أنه قال : قلت : يا رسول الله أرضى ليس لأحد فيها شرك

ولا قسم إلا الجوار ، بيعت لى ، فقال « أنت أحق بشفعة جارك يا شريد » قالوا : ولأن الشفعة إنما وجبت تخوفا من سوء عشرة الداخل عليه ، وهذا قد يوجد فى الجار كوجوده فى الخليط ، فاقتضى أن تجب الشفعة للجار كوجوبها للخليط .

ودليلنا ما رواه الشافعى عن مالك عن ابن شهاب الزهرى عن سعيد ابن المسيب أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « الشفعة فيما لم يقسم ، فإذا وقعت الحدود فلا شفعة » وهذا وإن كان مرسلا فمرسل سعيد عند الشافعى حسن ، ثم قد رواه مسنداً عن مطرف بن مازن عن معمر عن الزهرى عن أبى سلمة عن جابر قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « الشفعة فيما لم يقسم ، فإذا وقعت الحدود فلا شفعة » فكان من هذا الحديث دليلان :

(أحدهما) قوله الشفعة فيما لم يقسم ، فكان دخول الألف واللام مستوعباً لجنس الشفعة فلم يجب فى المقسوم شفعة .

(والثانى) قوله : فإذا وقعت الحدود فلا شفعة . فصرح بسقوط الشفعة مع عدم الخلطة فإن قيل : فإنما نفى الشفعة عنه بالقسمة الحادثة بعده ففيه جوابان :

(أحدهما) أنه محمول على عموم القسمة حادثة ومتقدمة .

(والثانى) أنه إنما نفى الشفعة عن المقسوم بما أثبتها فى غير المقسوم ، فلما أثبتها فى غير المقسوم بالبيع دل على أنه نفاها عن المقسوم بالبيع .

وقال أبو حنيفة : تجب للجار ، ثم ساق أحاديث الموجبين لها للجار ، وهى التى أوردناها هنا .

وقال العلقمى فى حاشية الجامع الصغير : يحتج بهذا الحديث من أوجب الشفعة للجار ــ يعنى حديث : الجار أحق بصقبه ــ ومن لم يثبتها للجار

تأول الجار على الشريك . ويحتمل أن يكون المراد أحق بالبر والمعونة وما فى معناهما بسبب قربه من جاره .

وأجابوا عن حديث سمرة بأن أهل الحديث اختلفوا فى لقــاء الحسن له . ومن أثبت لقاءه قال : إنه لم يرو عنه إلا حديث العقبة ، وقد رواه الحسن عن سمرة . وعن حديث « الجار أحق بشفعة جارة ينتظر بها وإن كان غائباً » بأن شعبة قال : سها عبد الملك راوى الحديث .

قال الإمام أحمد : هذا الحديث منكر . وقال ابن معين : لم يروه إلا عبد الملك وقد أنكر عليــه .

وقال بعض علماء الحنفية : يلزم الشافعية القــائلين بحمل اللفظ على حقيقته ومجازه أن يقولوا بشفعة الجوار ، لأن الجار حقيقته فى المجاور ، مجاز فى الشريك وأجيب عنه بأن محل ذلك عند التجرد عن القرائن ، وقــد قامت القرينة هنا للمجاز فإن حديث جابــر صريح فى اختصــاص الشفعة بالشريك ، وحديث أبى رافع مصروف الظاهر اتفاقاً ، لأنه يقتضى أن يكون الجار أحق من كل أحد حتى من الشريك ، ولا قائل به ، فإن القائلين بشفعة الجوار قدموا الشريك مطلقا ، ثم المشارك فى الطريق ثم الجار على مــن ليس بمجاور .

(قلت) واختار شيخ الإسلام ابن تيمية ثبوت الشفعة للجار بشرط أن يكون شريكا فى الطريق محتجا بآخر حديث جابر مرفوعا : « الجــار أحق بشفعة جاره » قال : وهذا ظاهر كلام أحمد فى رواية أبى طالب حيث قال : إذا كان طريقهما واحداً شركاء لم يقتسموا فإذا طرقت وعرفت الحدود فلا شفعة .

(قلت) واختار بعض الحنابلة هذا الرأى ولكن لو استعرضنا مذهب الجمهور فى نفى شفعة الجار لوجدنا أمة من الصحابة والتــابعين قالــوا بنفيها كعمر وعثمان وعمــر بن عبد العزيز وســعيد بن المسيب وســليمان

ابن يسار والزهري ويحيى الأنصاري وأبو الزناد وربيعة والمغيرة ابن عبد الرحمن ومالك والأوزاعي وأحمد والشافعي وأبو ثور وابن المنذر .

وقال ابن شبرمة والثوري وابن أبي ليلى وأصحاب الرأى : الشفعة بالشركة ثم بالشركة فى الطريق ثم بالجوار .

ولأن الشفعة ثبتت فى موضع الوفاق على خلاف الأصل لمعنى معدوم فى محل النزاع فلا تثبت فيه .

وبيان انتفاء المعنى هو أن الشريك ربما دخل عليه شريك فيتأذى به فتدعوه الحاجة إلى مقاسمته ، أو يطلب الداخل المقاسمة فيدخل الضرر على الشريك بنقص قيمة ملكه وما يحتاج إلى إحداثه من المرافق ، وهذا لا يوجد فى المقسوم . فأما حديث أبى رافع فليس بصريح فى الشفعة فإن الصقب القرب ، قال الشاعر :

كوفية نازح محلتها ... لا أمم دارها ولا صقب

وبقية الأحاديث التى تثبت الشفعة للجار فيها مقال كما قال ابن المنذر على أنه يحتمل أنه أراد بالجار الشريك فإن ذلك جار على ألسنة الشعراء ، ويسمى كل واحد من الزوجين جاراً قال الأعشى :

أجارتنا بينى فإنك طالقه ... وموموقة ما كنت فينا ووامقه

وتسمى الضرتان جارتين لاشتراكهما فى الزوج . قال حمل بن مالك : (كنت بين جارتين فضربت إحداهما الأخرى بمسطح فقتلتها وجنينها) . وهذا كله يمكن حمل حديث أبى رافع عليه ، فإذا ثبت أن الشفعة واجبة بالخلطة دون الجوار فالكلام فيها يشتمل على أربعة أقسام :

(أحدها) ما تجب به الشفعة . (والثانى) ما تجب فيه . (والثالث) من تجب له . (والرابع) ما تؤخذ منه .

فأما ما تجب به فهو انتقال الملك بعقد المعاوضات والعقـود على ثلاثة أقسام : قسم يجب فيه العوض ، وقسم لا يجب فيه العوض ، وقسم اختلف قول الشافعى فى وجوب العوض فيه ، فأما الموجب للعوض فخمسة عقود،البيع والإجارة والصلح والصـداق والخلع ، فالشفعة بجميعها مستحقة كالمبيـع لانتقال الملك بها عوضاً أو معوضاً وسنشرح كلا فى موضعه وأما مالا يوجب العوض إما لأنه لا ينقل الملك كالرهن والعارية ، أو لأنه لا يوجب العوض مع انتقال الملك كالوقف والوصية فلا شفعة به لأن مالا ينقل لملك استحق به نقل الملك وما لا عوض فيه لا معوض فيـه .

واختلف أصحابنا هل يغلب فى ملك أم الولد للشقص حكم المعاوضات أم حكم الوصايا إذا قال لها : إن خدمت ورثتى سنة بعد موتى فلك هـذا الشقص ففعلت على وجهين :

(أحدهما) أن حكم المعاوضات عليه أغلب لاستحقاقه بالخدمة ، فعلى هذا يأخذه الشفيع بعد انقضاء السنة بأجرة مثل خدمتها تلك السنة .

(والوجه الثانى) وهو ظاهر المذهب أن حكم الوصايا أغلب عليه لأمرين :

(أحدهما) اعتباره من الثلث .

(والثانى) ملك الشقص من لم يملك الخدمة

وأما ما اختلف قوله فى وجـوب العوض فعقـد الهبة اختلف قوله فى وجوب المكافأة عليها فقال فى القديم والإملاء بالوجوب ، فعلى هذا تجب الشفعة بهما بالثواب الذى تجب به المكافأة ، فعلى هذا لو شرط الثواب فيها قدراً معلوما كان على قولين .

(أحدهما) قاله فى الإملاء : إن الهبة جـائزة والشفعة فيهـا واجبة بالثواب المشروط ، لأنها إذا صحت مع الجهل بالثواب كانت مع العلم بـه أصح .

(والقول الثانى) إن الهبة بشرط الثواب باطلة ، والشفعة فيها ساقطة لأن العوض فيها يجعلها بيعا والبيع بلفظ الهبة باطل ، فهذا حكم الهبة على قوله فى القديم والإملاء . وقال فى الجديد : إن المكافأة على الهبة غير واجبة ، فعلى هذا لا شفعة بها ويكون فى انتقال الملك بها فى سقوط الشفعة به كانتقاله بالميراث فهذا حكم الفصل .

(وأما القسم الثانى) وهو ما تجب فيه الشفعة فهى عراص الأرضين وما يتبعها متصلا دون غيرها ؛ وهى على ثلاثة أنواع (أحدها) ما وجب فى الشفعة معقوداً وهى عراص الأرضين المحتملة للقسمة الجبرية ، فإن لم تحتملها لصغرها كطريق ضيقة وبياض يسير فلا شفعة هكذا حكاه الماوردى .

وقال أبو العباس بن سريج : يجب فيه الشفعة تعليلا بسوء المشاركة ، واستدامة الضرر بها لتعذر القسمة ، وبه قال أبو حنيفة ، وعند الشافعى أنه لا شفعة فيها تعليلا فى وجوبها بالخوف من مؤنة القسمة ، وأن مالا يقسم جبراً فلا شفعة فيه لارتفاع الضرر بمؤنة القسمة .

وقد روى عن النبى صلى الله عليه وسلم قوله « لا شفعة فى فناء ولا طريق ولا منقبة ولا ركح ولا رهوة » رواه أبو الخطاب من أصحاب الإمام أحمد فى رءوس المسائل ، والمنقبة الطريق الضيقة تكون بين الدارين والركح بضم الراء ناحية البيت من ورائه وما كان فضاء للسابلة والمارة ، والرهوة الجوبة تكون فى محلة القوم بسيل فيها ماء المطر وغيره .

(والنوع الثانى) ما تجب فيه الشفعة تبعاً وهو البناء والغرس إذا كان مبيعا مع الأرض وجبت فيه الشفعة تبعاً للأرض إن كان فيها ما يحتمل قسمته الإجبار ، وإن لم يحملها لم تجب فيه الشفعة عند الشافعى ، ووجبت فيه عند أبى العباس بن سريج ، وهو قول أبى حنيفة ، وإن كان البناء والغرس منفصلا عن الأرض فى البيع فلا شفعة فيه عند الشافعى وأبى حنيفة .

وقال مالك : يجب الشفعة فى البناء المنفرد وفى الثمار والمقاثى والمباطخ لاتصاله بغراس الأرض المستحق فيها الشفعة وهذا خطأ لقوله صلى الله

عليه وسلم « الشفعة فيما لم يقسم » رواه البخارى . « فإذا أوقعت الحدود فلا شفعة » فجعل حدود القسم شرطاً فى إبطال الشفعة ، فدل على استحقاقها فيما يجبر فيه على القسمة ؛ ولأن البناء والغرس تبع لأصله ، فلما لم يستحق فى الأرض شفعة لخروجها عن العقد لم يجب فى البناء والغرس شفعة ، وإن دخلت فى العقد ، فإذا تقرر ألا شفعة فيما أفرد بالبيع من البناء والغرس،وكانت داراً ذات علو مشترك ، وسلفها لغير الشركاء فى علوها فباع أحد الشركاء فى العلو حقه نظر فى السقف ، فإن كان لأرباب السفل فلا شفعة فى الحصة المبيعة من العلو لأنها بناء مفرد ، وإن كان السقف لأرباب العلو ففى وجوب الشفعة فى الحصة المبيعة منه وجهان .

(أحدهما) لا شفعة فيه لأنه لا يتبع أرضا (والوجه الثانى) فيه شفعة ، لأن السقف كالعرصه . ولقول الشافعى فى كتاب الصلح إن السقف أرض لصاحب العلو ، ولأنه إذا حاز أحدهما حصة من البناء والسقف أمكنه سكناه كالأرض .

(والنوع الثالث) لا تجب فيه شفعة لا مقصودا ولا تبعا وهو سائر الأشياء سوى ما ذكرنا ، وقال عطاء بن أبى رباح : الشفعة واجبة فى كل مشترك من متاع وحيوان وغيره فى صنوف الأموال وسائر الكلام معه .

(وأما القسم الثالث) وهو من تجب له الشفعة فهو الخليط فى الملك دون الجار ، وقد مضى الكلام مع أبى حنيفة فى شفعة الجوار ، وإذا كان كذلك فلا فرق بين أن يكون الخليط وافر السهم وبين أن يكون قليله حتى لو خالط بنسبة واحد من ألف استحق الشفعة ، وإذا تعدد الخلطاء كانت بينهم على ما سيأتى .

ولا فرق بين أن يكون ملكه صار إليه بابتياع أو ميراث أو هبة أو وصية من بائع الشقص أو من غيره ، لأنه مالك قد يستضر بسوء المشاركة ويتأذى بمؤنة المقاسمة . وأما إذا كانت حصة الخليط وقفاً نظر فى الوقف فإن كان عاما كالوقف على الفقراء والمساكين أو كان خاصا لا يملك كالوقف على

جامع فلا يستحق به شفعة فى المبيع ، وإن كان خاصا على مالك الوقف على رجل بعينه أو على جماعة بأعيانهم فلا يملك به الواقف شفعة لزوال ملكه عن الوقف ، فأما الموقف عليه ؛ فقد اختلف قول الشافعى هل يكون مالكا لرقبة الوقف أم لا ؟ على قولين (أحدهما) يستحق به الشفعة لثبوت ملكه واستضراره بسوء المشاركة والوجه الثانى : لا شفعة له لأنه ليس بتام الملك ولا مطلق التصرف .

ثم الشفعة تجب للأب على أبنه وللابن على أبيه وللرجل على زوجته وللمرأة على زوجها وللسيد على مكاتبه وللمكاتب على مولاه ولا يستحقها السيد على عبده ولا على مدبره ولا على أم ولده يستحقها أحدهم عليه .

(وأما القسم الرابع) وهو ما تؤخذ به الشفعة فهو ما جعل بدلا عن الشقص المنقول الملك من ثمن إن كان فى أجرة أو بيع أو أجرة المثل إن كان فى إجارة أو مهر المثل إن كان فى صداق على ما سنفصله .

فــــرع فى مذهب أهل الظاهر : قال أبو محمد على بن حزم فى المحلى: الشفعة واجبة فى كل جزء بيع مشاعاً غير مقسوم بين اثنين فصاعدا من أى شىء كان مما يقسم ومما لا ينقسم من أرض أو شجرة واحدة فأكثر أو عبد أو ثوب أو أمة أو من سيفه أو من طعام أو من حيوان أو من أى شىء بيع لا يحل لمن له ذلك الجزء أن يبيعه حتى يعرضه على شريكه أو شركائه فيه . فإن أراد من شريكه فيه الأخذ له بما أعطى فيه غيره فالشريك أحق به وإن لم يرد أن يأخذ فقد سقط حقه ولا قيام له بعد ذلك إذا باعه ممن باعه فإن لم يعرض عليه كما ذكرنا حتى باعه من غير من يشركه فيه فمن يشركه مخير بين أن يمضى ذلك البيع وبين أن يبطله ويأخذ ذلك الجزء لنفسه مما بيع به وهاهنا خلاف فى أربعة مواضع (أحدها) هل يجوز بيع المشاع أم لا ؟ (والثانى) هل يكون فى بيعه شفعة أم لا ؟ (والثالث) الأشياء التى تكون فيها الشفعة (والرابع) إن عرض البائع على من يشركه قبل أن يبيع فأبى شريكه من الأخذ هل يسقط حقه بذلك أم لا ؟

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل وان اشترى شقصا وشرط الخيار فيه للبائع لم يكن للشفيع ان ياخذ قبل انقضاء الخيار لانه فى احد الاقوال لا يملك الشقص ، وفى القول الثانى ملكه موقوف ، فلا يعلم هل يملك ام لا ؟ وفى القول الثالث يملكه ملكا غير تام ، لان للبائع ان يفسخه ، ولانه اذا اخذ بالشفعة اضر بالبائع لانه يسقط حقه من الفسخ والضرر لا يزال بالضرر وان شرط الخيار للمشترى وحده فان قلنا : انه لا يملك او قلنا انه موقوف لم ياخذ لما ذكرناه فى خيار البائع . وان قلنا : انه يملكه ففيه قولان : (احدهما) لا ياخذه ، لانه بيع فيه خيار فلا ياخذ به كما لو كان الخيار للبائع . (والثانى) ياخــذه وهو الصحيح لانه لا حــق فيه لغير المشترى ، والشفيع يملك اسقاط حقه ، ولهذا يملك اسقاط حقه بعد لزوم البيع واستقرار الملك ، فلان يملك قبل لزومه اولى .

فصـــل وتثبت الشفعة للكافر على المسلم لحديث جابر رضى الله عنــه « لا يحل له ان يبيعه حتى يؤذن شريكه فان باعه ولم يؤذنه فهو احق به » ولم يفرق ، ولانه خيار جعل لدفع الضرر عن المال فاستوى فيه الكافر والمســـلم كالرد بالعيب .

فصـــل ولا ياخذ بالشفعة من لا يقدر على العوض لانه اذا اخذه ولم يقدر على العوض اضر بالمشترى والضرر لا يزال بالضرر ، فان احضر رهنا او ضمينا او عوضا عن الثمن لم يلزم قبوله لان ما استحق اخذه بالعوض لم يلزم قبـول الرهن ، والضمين والعوض فيه كالمبيع فى يد البائع .

فصـــل وياخذ الشفيع بالعوض الذى ملك به فان اشتراه اخذه بالثمن لما روى جابر رضى الله عنه ان النبى صلى الله عليه وسلم قال : « فان باعه فهو احق به بالثمن » وان اشترى شقصا وسيفا بثمن قسم الثمن عليهما على قدر قيمتهما واخذ الشقص بحصته وترك السيف على المشترى بحصته لان الثمن ينقسم على المبيع على قدر قيمته ولا يثبت للمشترى الخيار فى فسخ البيع بتفريق الصفقة عليه لانه دخل فى العقد على بصيرة ان الصفقة تفرق عليه وان اشترى الشقص بثمن ثم الحق به زيادة او حط عنه بعضه او وجد به عيبا فاخذ عنه الارش فعلى ما ذكرناه فى بيع المرابحة فان نقص الشـــقص فى يد المشترى فقد روى المزنى ان الشفيع ياخذه بجميع الثمن وقال فى القديم ياخذه بالحصة واختلف اصحابنا فى ذلك فمنهم من قال فيه قولان وهو الصــحيح (احدهما) ياخذه بجميع الثمن كالعبد المبيع اذا ذهبت عينه فى يد البائع فان المشترى ياخذه بجميع الثمن والقول الثانى : انه ياخذه بالحصة وهو اظهــر لانه اخذ بعض ما دخل فى العقد فاخذه بالحصة كما لو كان معه سيف . ومنهم من قال : ان ذهب التاليف ولم يذهب من الاجزاء شىء اخذ بالجميع لان الذى

يقابله الثمن اجزاء العين وهي باقية فان تلف بعض الأجزاء من الآجر والخشب اخذه بالحصة . لأنه تلف بعض ما يقابله الثمن فاخذ الباقي بالحصة ، وحمل القولين على هذين الحالين . ومنهم من قال ان كانت العرصة باقية اخذ بالجميع لأن العرصة هي الأصل وهي باقية فان ذهب بعض العرصة اخذ بالحصة لأنه تلف بعض الأصل فاخذ الباقي بالحصة وحمل القولين على هذين الحالين . ومنهم من قال : ان تلف بجائحة من السماء أخذ بالجميع لأنه لم يحصل للمشتري بدل التالف وان تلف بفعل آدمي اخذ بالحصة لأنه حصل للمشتري بدل التالف وحمل القولين على هذين الحالين .

فصل وان اشترى الشقص بمائة مؤجلة ففيه ثلاثة اقوال : (احدها) ياخذ بمائة مؤجلة لأن الشفيع تابع للمشتري في قدر الثمن وصفته فكان تابعاً له في التأجيل . (والثاني) انه يأخذه بسلعة تساوي مائة الى الأجل ، لأنه لا يمكن أن يطالب بمائة حالة لأن ذلك اكثر مما لزم المشتري ، ولا يمكن ان يطالب بمائة مؤجلة ، لأن الذمم لا تتماثل فتجعل ذمة الشفيع مثل ذمة المشتري ، فوجب أن يعدل الى جنس آخر بقيمته كما يعدل فيما لا مثل له الى جنس آخر بقيمته . (والثالث) وهو الصحيح انه يخير بين ان يعجل الثمن ويأخذ ، وبين أن يصبر الى أن يحل فيأخذ ، لأنه لا يمكن أن يطالب بمائة حالة ولا بمائة مؤجلة لما ذكرناه ولا يمكن ان ياخذ بسلعة لأن الشفيع انما ياخذ بالمثل او بالقيمة ، والسلعة ليست بمثل الثمن ولا هي قيمته فلم يبق الا التخيير .

(فصل) وان باع رجل في مرضه من وارثه شقصاً يساوي الفين بالف ولم تجز الورثة بطل البيع في نصفه لأنه قدر المحاباة ، فان اختار الشفيع ان ياخذ التصرف بالألف لم يكن للمشتري الخيار في تفريق الصفقة ، لأن الشفيع اخذه بالف وان لم ياخذه الشفيع فللمشتري ان يفسخ البيع لتفرق الصفقة عليه ، وان باع من اجنبي وحاباه والشفيع وارث فاحتمل الثلث المحاباة ، ففيه خمسة أوجه : (احدها) : ان البيع يصح في نصف الشقص بالألف ، وللشفيع أن يأخذه ويبقى التصرف للمشتري بلا ثمن ، لأن المحاباة وصية والوصية للمشتري تصح ، ولا تصح للشفيع ، فيصير كأنه وهب له النصف وباع منه النصف بثمن المثل ، وياخذ الشفيع النصف بجميع الثمن ، ويبقى النصف للمشتري بغير ثمن .

(والثاني) أن البيع يصح في نصفه بالألف لأنا ان دفعنا الجميع الى الشفيع بالألف حصلت الوصية للوارث وأن دفعنا اليه النصف بالألف وتركنا النصف على المشتري الزمنا الشفيع في النصف اكثر مما لزم المشتري فلم يبق الا الفسخ بالنصف ، ودفع النصف الى الوارث من غير محاباة .

(والثالث) ان البيع باطل لأن المحاباة تعلقت بالكل فلا يجوز ان تجعل فى نصفه .

(والرابع) انه يصح البيع وتسقط الشفعة ، لأن اثبات الشفعة يؤدى الى ابطال البيع واذا بطل البيع سقطت الشفعة وما ادى ثبوته الى سقوطه وسقوط غيره سقط فسقطت الشفعة وبقى البيع .

(والخامس) : وهو الصحيح انه يصح البيع فى الجميع بالألف ، وياخذ الشفيع الجميع بالألف ، لأن المحاباة وقعت للمشترى دون الشفيع والمشترى اجنبى فصحت المحاباة له) .

الشرح قال الشافعى : وإن علم يعنى بالبيع فطالب مكانه فهى له ، وإن أمكنه فلم يطلب بطلت شفعته . قال الماوردى فى الحاوى : اعلم أن الشفعة تجب بالبيع وتستحق بالطلب وتملك بالأخذ ، فإذا بيع الشقص ووجبت فيه الشفعة لم يخل حال الشفيع من أحد أمرين إما أن يعلم بالبيع أو لا يعلم ، فإن لم يعلم بالبيع فهو على حقه من الشفعة إذا علم وإن تطاول به الزمان كالمشترى إذا لم يعلم بعيب ما اشترى كان على حقه من الرد إذا علم وأما إذا علم بالبيع فله حالتان .

(إحداهما) أن يكون قادراً على الطلب .

(والحال الثانية) أن يكون معذوراً ، فإن كان قادراً على الطلب فله ثلاثة أحوال .

(إحداها) أن يبادر إلى الطلب ، فهو على حقه من الشفعة ، ولا يحتاج إلى حكم حاكم فى الأخذ بها لأنها ثبتت بنص واجماع وانما يفتقر الى حكم الحاكم فيما ثبت باجتهاده فلو قال الشفيع حين بادر بالطلب : أنظرونى بالثمن واحكموا لى بالملك لم يجز ، وهكذا لو قال : احكموا لى بالملك متراخص الثمن لم يجز أن يحكم له بالملك . لأنه لا يجوز أن يزيل الضرر عن نفسه بالشفعة ويدخله على المشترى بالتأخير ، فإن سال التوقف حتى يحضر الثمن جاز أن ينظره الحاكم به يوماً أو يومين وأكثره ثلاثا ، فإن جاء بالثمن كان على حقه من الشفعة وإن أخره عن المدة التى أنظره الحاكم بها بطلت شفعته

(والحال الثانية) من أحوال الشفيع بعد علمه بالبيع : أن يعفو عن الشفعة ، والعفو على ضربين صريح وتعريض ، فالصريح أن يقول : قد عفوت عن الشفعة أو تركتها أو نزلت عنها . فهذا مبطل لشفعته ، والتعريض أن يساوم المشترى فى الشقص أو يطالبه بالقسمة أو يستأجر منه أو يساميه ، فهل يكون التعريض بهذه الألفاظ كصريح فى إبطال الشفعة أم لا ؟ على قولين نص عليهما فى القديم . (أحدهما) أنها كالصريح فى إبطال الشفعة .

(والثانى) أنه على حقه ما لم يصرح بالعفو لما فرق الله به فى الخطبة بين حكم التعريض والتصريح .

فأما قوله للمشترى « بارك الله لك فى صفقتك » فليس بعفو صريح ولا تعريض ، لأن وصوله إلى الثمن من الشفيع بركة فى صفقته ، وهكذا لو شهد للمشترى فى ابتياعه لم يكن عفواً صريحاً ولا تعريضا ، لأن الشهادة وثيقه فى البيع الذى بتمامه يستحق الشفعة . وجعل أبو حنيفة هذين الأمرين عفواً صريحاً .

(والحال الثالثة) بعد علمه بالبيع وتمكنه من الأخذ أن يمسك عن الطلب . ففيه ثلاثة أقاويل : (أحدها) وهو قوله فى الجديد والإملاء وبه تقع الفتيا أن الشفعة قد بطلت بتقضى زمان المكنة وإن حق طلبها على الفور . (والثانى) أن حق الشفعة مؤقت بثلاثة أيام بعد المكنة فإن طلبها إلى ثلاث كان على حقه ، وإن مضت الثلاث قبل طلبه بطلت قاله الشافعى فى كتاب السير قال : وهذا استحسان وليس بأصل . (والقول الثالث) أن حق الشفعة ممتد على التراخى من غير تقدير بمدة ، وبه قال فى القديم .

(قلت) فإذا قيل بالأول (الفور) وبه قال أبو حنيفة ، فإن أخذها فهى له وإن تركها رجع باللائمة على نفسه ، وإذا قيل بالثانى بتقديره بثلاثة أيام بعد المكنة فوجهه أن الشفعة موضوعة لارتفاق الشفيع بها فى التماس الحظ لنفسه فى الأخذ والترك والاختيار والمشترى فى حسن المشاركة ليقر ، أو فى سوء المشاركة ليصرف فكان تقديرها بثلاثة أيام يتوصل بها إلى إتمام حظه ،

ولا يضر المشترى بتأخيره بخلاف ما قال مالك من تقديرها بسنة فى رواية ابن وهب ؛ وبأربعة أشهر فى رواية غيره .

دليلنا قوله صلى الله عليه وسلم : « الشفعة كنشطة عقال ، فإن أخذها فهى له وإن تركها رجع باللائمة على نفسه » . وقد مضى التنبيه على ضعفه من كلام البيهقى .

فــــرع تثبت الشفعة للكافر على المسلم إذا كان شريكاً لحديث جابر « ولا يحل له أن يبيعه حتى يؤذن شريــكه » وبه قال شريح وعمــر ابن عبد العزيز والنخعى وإياس بن معاوية وحماد بن أبى سليمان والثــورى ومالك والشافعى والعنبرى وأصحاب الرأى لعموم الحديث . وقال أحمد : لا شفعة لمسلم على كافر وتصح من الذمى للذمى ، وهو مروى عن الحسن والشعبى أخذاً من حديث « لا شــفعة لنصرانى » وهو حديث لم يصــح إسناداً .

ودليلنا عموم الحديث وقواعد البياعات لأنها خيــار ثابت لدفــع الضرر بالشراء فاستوى فيه المسلم والكافر كالرد بالعيب .

فــــرع قال الشافعى : وإن اشتراها بثمن إلى أجل قيل للشفيع إن شئت تعجل الثمن وتعجل الشفعة ، وإن شئت فدع حتى يحل الأجــل . وصورتها فى رجل اشترى شقصاً بثمن مؤجل وحضر الشفيع مطالباً ففيــه قولان :

(أحدهما) وهو قوله فى القديم وبه قال مالك : إن للشفيع أن يتعجل أخذها ويكون الثمن مؤجلا فى ذمته إن كان ثقة ؛ وإن كان غير ثقة أقام ضميناً ثقة . قال الشافعى : وهذا أشبه بصلاح الناس . ووجه هذا القول شيئان

(أحدهما) أن الشفيع يدخل مدخل المشترى فى قدر الثمن وصــفاته والأجل وصفاته فاقتضى أن يأخذ بمثل الثمن وأجله .

(والثانى) أن تعجيل المؤجل زيادة فى القدر تتفاضل الأثمار به وليس للمشترى أن يشتريه ، وتأخير الشفيع دفع له عن حقه ، وليس للمشترى دفع الشفيع .

(والقول الثانى) وبه قال فى الجديد ، وهو قول أبى حنيفة أن الشفيع لا يتعجل الشقص بالثمن المؤجل ، ويقال له : أنت مخير بين أن تعجل الثمن فتعجل أخذ الشقص وبين أن تصبر إلى حلول الأجل فتدفع الثمن وتأخذ الشقص . ووجه هذا القول شيئان (ا) إن أخذ الشفعة باستحقاق والأجل يدخل فى عقود المراضاة ولا يدخل فى الاستحقاق ما لم يكن مراضاة . (ب) إن رضا البائع بذمة المشترى لا يوجب على المشترى أن يرضى بذمة الشفيع ، ولذلك حل دين الميت لأن رضى زبه بذمته لا يوجب عليه الرضا بذمة وارثه .

فإذا تقرر توجيه القولين فللمشترى والشفيع أربعة أحوال (أحدها) أن يعجل الشفيع الثمن فيجبر المشترى على تسليم الشقص على القولين معاً لأنه قد تعجل مؤجلا وأمن خطراً .

(والحال الثانية) أن يرضى المشترى تسليم الشقص وتأجيل الثمن فيلزم الشفيع أن يأخذ أو يعفو على القولين معاً ، لأنه قد يتعجل منافع الشقص حتى لا يستضر بتعجيل الثمن ، فإن لم يفعل وانتظر لأخذه بحلول الأجل بطلت شفعته على قوله فى القديم ، وفى بطلانها على الجديد وجهان : (أحدهما) وهو قول أبى العباس بن سريج أنه على شفعته إلى حلول الأجل ، لأن تأجيل الثمن قد جعل حق الطلب مقدراً به . والوجه الثانى وهو الأصح : أن شفعته بطلت لأن طلبه قدر بمدة الأجل رفقاً بالمشترى فصار من حقوقه لا من حقوق الشفيع . والحال الثالثة : أن يدعو المشترى إلى تعجيل الشيء وتسليم الشقص ، فلا يلزم الشفيع ذلك على القولين معاً ، لأن تعجيل المؤجل استزادة فى الثمن والمشترى ممنوع من الاستزادة فيه ، فلو قال المشترى : أنا أحطه من الثمن بسبب التعجيل قدر ما بين الحال والمؤجل لم يجز لأمرين :

(أحدهما) أنه مفض إلى الرباء .

(والثانى) أن ما استحق تأجيله لم يلزم تعجيله . والحال الرابعة : أن يطالب الشفيع بالشقص معجلا ، ويؤخر الثمن إلى حلول الأجل فهى مسألة القولين ، فعلى قوله فى القديم يجاب إلى ذلك إن كان ثقة أو يضمنه ثقة ، فعلى هذا لو مات المشترى حل ما عليه من الثمن ولم يحل ما على الشفيع منه وكان باقياً إلى أجله ، ولو مات الشفيع حل ما عليه من الثمن وللمشترى أن يتعجله وما عليه باق إلى أجله ، ولو كان المشترى قد دفع الثمن . رهناً لم يلزم الشفيع أن يدفع به رهناً ، لأن الرهن وثيقة فى الثمن ، وليس فى جملة الثمن وعلى قوله فى الجديد يمنع من الشقص إلى حلول الأجل والمشترى ممكن من التصرف فيه بما شاء من سكنى واستغلال وإجارة وبيع ما لم يستهلك ، لأن تعلق حق الشفيع به لا يزيل ملك المشترى عنه فلا يمنع من التصرف فى ملكه إلا بما يفضى إلى إبطال حق الشفيع من الاستهلاك والإتلاف وليس البيع استهلاكا لأنه بعد البيع يقدر على أخذه بأى العقدين شاء فلو مات المشترى حل ما عليه من الثمن وكان للشفيع أن يصبر إلى حلول الأجل ، ولو مات الشفيع كان لورثته أن يصبروا إلى حلول الأجل لأنه لم يتعلق بذمته ما يحل بموته بخلاف القول الأول .

فـــرع لو باع الرجل فى مرض مـوته شـقصاً بألف درهم وهو يساوى ثلاثة آلاف حاباه فى ثمنه بألفين فللمشترى وللشفيع ثلاثة أحوال :

(إحداهن) أن يكونا أجنبيين من البائع ، والثانية أن يكون المشترى وارثاً والشفيع أجنبياً ، والثالثة أن يكون المشترى أجنبياً والشفيع وارثا . فأما الحال الأولى فلا تخلو حال البائع من أن يملك مالا غير الشقص أو لا ، فإن كان يملك مالا تخرج المحاباة من ثلثه صحت المحاباة وأخذ المشترى الشقص بألف درهم وللشفيع أن يأخذه منـه بالألف لأنـه يملك الشـفعة بالثمن مسـترخصاً كان أو غاليـاً ، وإن كان البائع لا يملك غـير الشقص فللمشترى الخيار فى أن يأخذ عن الشقص بألف درهم أو يرد ليحصـل له نصف المحاباة ، وهى ألف تكون ثلث التركة ويرجع إلى الورثة ثلث الشقص

وقيمته ألف مع ألف حصلت لهم ثمناً فيصير مثلي المحاباة بالألف ثم للشفيع أن يأخذ بالألف ثلثي الشقص الصائر للمشترى بالألف .

(أما الحال الثانية) وهو أن يكون المشترى وارثاً والشفيع أجنبياً فالمحاباة باطلة ، وإن خرجت من الثلث لأنها وصية لوارث والمشترى بالخيار بين أن يأخذ ثلث الشقص بألف وبين أن يرده ، فإن أخذ مثله بالألف فللشفيع أخذ الثلث منه بالألف ، وإن رده المشترى عرض على الشفيع قبل رده ، فإن رضى أن يأخذ ثلث الشقص بألف كان أحق وبطل رد المشترى لأنه يرد ليحصل له الثمن الخارج من يده وقد حصل له ذلك من جهة الشفيع فوصل إلى حقه ومنع من إبطال حق الشفيع برده ، كالمنع من رده بعيب لو ظهر إذا رضى الشفيع ويكون عهدة الشفيع على المشترى ، فلو أن باقى الورثة أجازوا للوارث محاباته وأعطوا الشقص كله بالألف جاز . وفيما يأخذه الشفيع قولان مبنيان على اختلاف قولين فى إجازة الورثة هل تكون عطية أو إمضاء ؟ .

(أحدهما) أنه إمضاء فعلى هذا للشفيع أن يأخذ الشقص كله بالألف

(والثانى) أنه ابتداء عطية فعلى هذا يأخذ ثلث الشقص بالألف ويخلص للمشترى ثلثاه لأنها عطية له خالصة . وأما الحال الثالثة وهو أن يكون المشترى أجنبيا والشفيع وارثاً ، فالمحاباة وهى ألفا درهم ثلاثة أحوال : حال يحتمل الثلث جميعها ، وحال لا يحتمل شيئاً منها وحال يحتمل الثلث بعضها ، فإن لم يحتمل الثلث شيئاً منها لإحاطة الدين بالتركة بطلت المحاباة وكان للمشترى الخيار فى أخذ ثلث الشقص بالألف أو رده ، فإن أخذه كان الشفيع أحق به وإن كان وارثاً لأنه لا محاباة فيه . وإن احتمل الثلث جميع المحاباة لأنه ذو مال تخرج الألفان من ثلثه فالمحاباة بثلثى الشقص . وإن احتمل الثلث بعضها وهو أن لا يملك غير الشقص المقوم بثلاثة آلاف درهم احتمل أن الثلث نصف المحاباة وهو ثلث الشقص . وفيها أربعة أوجه حكاها ابن سريج :

(أحدها) أنها جائزة للمشترى والشفيع لأن المشترى مقصود بها

فصحت له ، والشفيع داخل عليه فوجبت له . فعلى هذا يأخذ المشترى ثلثى الشقص بألف درهم وللشفيع أخذ هذين الثلثين بالألف ويرجع الثلث على الورثة مع الألف الصائر إليهم ثمنها .

(والوجه الثانى) أن المحاباة جائزة للمشترى دون الشفيع ، لأن المشترى ممن تصح محاباته ــ وهو بها مقصود ــ والشفيع ممن لا تصح محاباته ، وهو بها غير مقصود فعلى هذا يأخذ المشترى ثلث الشقص بألف ، وللشفيع أن يأخذ منه ثلثه بألف ويرجع إلى الورثة الثلث ، فيصير الشقص أثلاثاً ، ثلثه للورثة ، لأن الثلث لا يحتمل ، وثلثه للمشترى لأنها محاباة له ، وثلثه للشفيع بعد رد المحاباة التى لا تصح له .

(والوجه الثالث) أن المحاباة باطلة للمشترى وللشفيع جميعا ، لأنها قد تفضى إلى الشفيع الذى لا يملكها وهى مقترنة بالمبيع الذى لا يجوز أن يفرد عنها ، فعلى هذا للمشترى أن يأخذ ثلث الشقص بالألف . وللشفيع أن يأخذه منه بالألف ويرجع الثلثان على الورثة .

(والوجه الرابع) أن المحاباة موقوفة مراعاة فإن عفى الشفيع عن شفعته صحت المحاباة للمشترى واستحق الشفيع المحاباة بشفعته ، لأنها ليست محاباة من المشترى ألا تراه يأخذها منه جبراً بلا اختيار .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصــــل وان اشترى الشقص بعرض فان كان له مثل كالحبوب والأدهان اخذه بمثله ، لأنه من ذوات الأمثال ، فاخذ به كالدراهم والدنانير وان لم يكن له مثل كالعبيد والثياب اخذه بقيمته لأن القيمة مثل لما لا مثل له ويأخذه بقيمته حال وجوب الشفعة كما يأخذ بالثمن الذى وجب عند وجوب الشفعة وان اشترى الشقص بعبد وأخذ الشفيع بقيمته ووجد البائع بالعبد عيبا ورده اخذ قيمة الشقص وهل يثبت التراجع للشفيع والمشترى بما بين قيمة العبد وقيمة الشقص ؟ فيه وجهان :

(احدهما) لا يتراجعان لأن الشفيع اخذ بما استقر عليه العقد وهو قيمة العبد فلا يتغير بما طرأ بعده .

(والثانى) يتراجعان فان كانت قيمة الشقص اكثر رجع المشترى على الشفيع وان كانت قيمة العبد اكثر رجع الشفيع على المشترى لأنه استقر الشقص على المشترى بقيمته فثبت التراجع بما بين القيمتين وان وجد البائع بالعبد العيب وقد حدث عنده عيب آخر فرجع على المشترى بالأرش نظرت فان أخذ المشترى من الشفيع قيمة العبد سليما لم يرجع عليه بالأرش لأن الأرش دخل فى القيمة وان اخذ قيمته معيبا فهل يرجع بالأرش ؟ فيه وجهان :

(احدهما) لا يرجع لأنه اخذ الشقص بقيمة العبد المعيب الذى استقر عليه العقد .

(والثانى) يرجع بالأرش لأنه استقر الشقص عليه بقيمة عبد سليم فرجع به على الشفيع .

فصل وان جعل الشقص اجرة فى اجارة اخذه الشفيع باجرة مثل المنفعة فان جعل صداقا فى نكاح او بدلا فى خلع اخذ الشفيع بمهر مثل المراة لان المنفعة لا مثل لها فاخذ بقيمتها كالثوب والعبد وان جعل متعة فى طلاق امراة أخذ الشفيع بمتعة مثلها لا بالمهر لأن الواجب بالطلاق متعة مثلها لا المهر .

فصل والشفيع بالخيار بين الاخذ والترك لانه حق ثبت له لدفع الضرر عنه فخير بين اخذه وتركه وفى خياره اربعة اقوال قولان نص عليهما فى القديم :

(أحدهما) انه على التراخى لا يسقط الا بالعفو او بما يدل على العفو كقوله : بعنى او قاسمنى وما اشبههما لأنه حق له لا ضرر على المستحق عليه فى تاخيره فلم يسقط الا بالعفو كالخيار فى القصاص .

(والثانى) انه بالخيار الى أن يرفعه المشترى الى الحاكم ليجبره على الاخذ العفو لانا لو قلنا انه على الفور اضررنا بالشفيع لأنه لا يامن مع الاستعجال أن يترك والحظ فى الأخذ او يأخذه والحظ فى الترك فيندم وان قلنا انه على التراخى الى أن يسقط اضررنا بالمشترى لانه لا يقدر على التصرف والسعى فى عمارته خوفا من الشفيع فجعل له الى أن يرفع الى الحاكم ليدفع عنه الضرر .

(والثالث) نص عليه فى سير حرملة انه بالخيار الى ثلاثة ايام لانه لا يمكن أن يجعل على الفور لأنه يستضر به الشفيع ولا أن يجعل على التراخى لانه يستضر به المشترى فقدر بثلاثة ايام لانه لا ضرر فيه على الشفيع لانه يمكنه أن يعرف ما فيه من الحظ فى ثلاثة ايام ولا على المشترى لانه قريب .

(والرابع) نص عليه فى الجديد أنه على الفور وهو الصحيح لما روى أنس رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « الشفعة لمن واثبها » وروى انه قال : « الشفعة كنشطة العقال ان قيدت ثبتت وان تركت فاللوم على من تركها » . فعلى هذا ان أخر الطلب من غير عذر سقط لأنه على الفور فسقط بالتاخير من غير عذر كالرد بالعيب وان اخره لطهارة أو صلاة أو طعام أو لبس ثوب أو اغلاق باب فهو على شفعته لأنه ترك الطلب لعذر وان قال سلام عليكم انا مطالب بالشفعة ثبتت الشفعة لأن السلام قبل الكلام سنة فلا تسقط به الشفعة وان قال : بارك الله فى صفقة يمينك أنا مطالب بالشفعة لم تسقط لأن الدعاء له بالبركة لا يدل على ترك الشفعة لأنه يجوز ان يكون دعاء للصفقة بالبركة لأنها اوصلته الى الأخذ بالشفعة وان قال : صالحنى عن الشفعة على مال لم يصح الصلح لأنه خيار فلا يجوز اخذ العوض عنه كخيار الشرط وفى شفعته وجهان :

(احدهما) تسقط لأنه أعرض عن طلبها من غير عذر .

(والثانى) لا تسقط لأنه تركها على عوض ولم يسلم له العوض فبقى على شفعته فأن اخذه بثمن مستحق ففيه وجهان :

(احدهما) تسقط لأنه ترك الأخذ الذى يملك به من غير عذر .

(والثانى) لا تسقط لأنه استحق الشقص بمثل الثمن فى الذمة فاذا عينه فيما لا يملك سقط التعيين وبقى الاستحقاق كما لو اشترى شيئاً بثمن فى الذمة ووزن فيه مالا يملك) .

فـــرع حديث أنس « الشفعة لمن واثبها » لم أدر من خرجه .
أما حديث « الشفعة كنشطة العقال ، إن قيدت ثبتت وإن تركت فاللوم على من تركها » فقد أخرجه ابن ماجه والبزار وزاد (ولا شفعة لغائب) قال الحافظ فى بلوغ المرام : وإسناده ضعيف قال الصنعانى فى سبل السلام . وضعفه البزار وقال ابن حبان : لا أصل له ، وقال أبو زرعة : منكر وقال البيهقى : ليس بثابت . وضعفه ابن كثير فى الإرشاد بمحمد بن الحارث البصرى من محمد بن عبد الرحمن عن أبيه الخ قال . وثلاثتهم ضعفاء .

وقد عقد البيهقى باباً فى السنن الكبرى لألفاظ منكرة يذكرها بعض الفقهاء وعد منها (الشفعة كحل العقال) و (لا شفعة لصبى ولا لغائب) و

(الشــفعة لا ترث ولا تورث) و (الصــبى على شــفعته حتى يدرك) و (لا شفعة لنصرانى) و (ليس لليهودى ولا للنصرانى شفعة) .

أما الأحكام : فإن حق الشفعة للشفيع ثابت له لدفع الضرر عنه فخير بين أخذه وتركه . وفى خياره قولان فى القديم وقولان فى الجديد ، فأما قولا القديم :

(فأحدهما) أنه على التراخى لا تسقط الشفعة ما لم يوجد منه ما يدل على الرضى من عفو أو مطالبة بقسمة ونحــو ذلك وبهــذا قال مالك وهو إحدى الروايتين عن أحمد بن حنبل ، إلا أن مالكا قال : تنقطع بمضى سنة ، وعنه : بمضى مدة يعلم أنه تارك لها ، لأن هذا الخيار لا ضرر فى تراخيه ، فلم يسقط بالتأخير كحق القصاص ، وبيان عدم الضرر أن النفع للمشــترى باستغلال المبيع ، وإن أحدث فيه عمارة من غراس أو بناء فله قيمته .

(ثانيهما) هو بالخيار إلى أن يرفعه المشترى إلى الحــاكم ليجبره على الأخذ أو العفو ، لأنا لو قلنا : إنه على الفــور ألحقنا بالشــفيع الضرر لأنا باستعجالنا إياه قد نحمله على الأخذ وتكون مصلحته وحظه أوفر فى الترك ، وقد نحمله على الترك ومصلحته فى الأخذ وفى كلا الأمرين يندم على العاقبة. وإن قلنا : إنه على التراخى أضررنا بالمشترى لما روى ابن السلمانى عن أبيه عن عمر قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « الشفعة كحل العقال ـــ وفى لفظ ـــ الشفعة كنشطة العقال ، إن قيدت ثبتت وإن تركت فاللوم على من تركها » وروى عنه صلى الله عليه وسلم « الشفعة لمن واثبها » لأنه خيار لدفع الضرر عن المال فكان على الفور كخيار الرد بالعيب ؛ ولأن إثباته على التراخى يضر المشترى لكونه لا يستقر ملكه على المبيع ويمنعه من التصرف بعمارة خشية أخذه منه ، ولا يندفع عنه الضرر بدفع قيمته لأن خسارتها فى الغالب أكثر من قيمتها مع تعب قلبه وبدنه فيها .

(والقول الأول فى الجديد) نص عليه فى رواية حرملة بن يحيى التجيبى أنه بالخيار إلى ثلاثة أيام وهو قول ابن أبى ليلى والثــورى ، لأن الثلاث

حد بها خيار الشرط فصلحت حداً لهذا الخيار ورد أحمد فى روايته الأخرى وأصحابه أن التحديد بثلاثة أيام تحكم لا دليل عليه ، والأصل المقيس عليه ممنوع ، ثم هو باطل بخيار الرد بالعيب . وقال ابن حامد من أصحابه : يتقدر الخيار بالمجلس ، وهو قول أبى حنيفة . فمتى طالب فى مجلس العلم ثبتت الشفعة وإن طال لأن المجلس كله فى حكم حالة العقد بدليل ؛

والأظهر من أقوال الشافعى وكلام أحمد أنه لا يتقدر بالمجلس بل متى بادر فطالب عقيب علمه وإلا بطلت شفعته فعلى هذا متى أخر المطالبة عن وقت العلم لغير عذر بطلت شفعته .

فـــرع إذا أخر المطالبة لعذر مثل أن يعلم ليلا فيؤخره إلى الصباح أو لشدة جوع أو عطش حتى يأكل ويشرب ، أو لطهارة أو إغلاق باب أو ليخرج من الحمام أو ليؤذن ويقيم ويأتى بالصلاة وسننها أو ليشهدها فى جماعة يخاف فوتها لم تبطل شفعته ، لأن العادة تقديم هذه الحوائج على غيرها فلا يكون الاشتغال بها رضى بترك الشفعة إلا أن يكون المشترى حاضراً عنده فى هذه الأحوال ، فيمكنه أن يطالبه من غير اشتغاله عن أشغاله فإن شفعته تبطل المطالبة عنه .

فأما مع غيبته فلا ، لأن العادة تقديم هذه الحوائج فلم يلزمه تأخيرها كما لو أمكنه أن يسرع فى مشيه أو يحرك دابته فلم يفعل ومضى على حسب عادته لم تسقط شفعته لأنه طلب بحكم العادة .

فـــرع إذا فرغ من حوائجه مضى على حسب عادته إلى المشترى فإذا لقيه بدأ السلام لأن ذلك هو السنة ، وقد جاء فى الحديث (من بدأ بالكلام قبل السلام فلا تجيبوه) ثم يطالب .

وإن قال له بعد السلام : بارك الله لك فى صفقة يمينك ، أو دعا له بالمغفرة ونحو ذلك لم تبطل شفعته ، لأن ذلك يتصل بالسلام فيكون من جملته والدعاء له بالبركة فى الصفقة دعاء لنفسه لأن الشقص يرجع إليه

فلا يكون ذلك رضى وإن اشتغل بكلام آخر أو سكت لغير حاجة بطلت شفعته لما قدمناه راجع صفحات ٩١ ، ٩٢ من هذا الكتاب واشدد به يديك .

فرع مضى كلامنا فى الخيار للشفيع بين الأخذ والترك والمدة التى يجوز له فيها الرد ، ونزيد البحث فنقول :

إذا قيل بأن حق الشفعة مقدر بثلاثة أيام بعد المكنة فوجهه أن الشفعة موضوعة لارتفاق الشفيع بها فى التماس الحظ لنفسه فى الأخذ والترك والاختيار والمشترى فى حسن المشاركة ليقر أو فى سوء المشاركة ليصرف ، وقلنا : إنه لو روعى فيه الفور ضاق على الشفيع ، ولو جعل على التأبيد أضر بالمشترى فاحتاج إلى مدة يتوصل بها الشفيع إلى إتمام حظه ولا يستضر المشترى بتأخيره ، فكان أولى الأمور تقديرها بثلاثة أيام لأمرين :

(أحدهما) أن الثلاث حد فى الشرع لمدة الخيار .

(والثانى) أنها أقصى حد القلة وأدنى حد الكثرة ، ألا ترى أن الله تعالى قد قضى بهلاك قوم أنظرهم بعده ثلاثاً فقال : (تمتعوا فى داركم ثلاثة أيام ذلك وعد غير مكذوب) وقد أذن النبى صلى الله عليه وسلم أن يقيم بمكة بعد قضاء نسكه ثلاثا ، فعلى هذا لو حصل فى خلال الثلاثة الأيام زمان يتعذر فيه المطالبة لم يحتسب به منها ، ولقوله من زمان المكنة ثلاثة أيام يتمكن جميعها من المطالبة ، فإذا قيل بأن حق الشفعة على التراخى فوجهه قوله صلى الله عليه وسلم : « فإن باع فشريكه أحق به حتى يؤديه » فكان على عموم الأوقات ، ولأن ما ملك من الحقوق لا يبطل بالتأخير كالديون ولأن تأخير الشفعة أرفق بالمشترى فى حصول المنفعة وتملك الأجرة ، فعلى هذا الذى حقه من الشفعة ثلاثة أقاويل .

(أحدها) العفو الصريح دون غيره من التعريض ، وليس للقاضى أن يقطع خياره إذا رفع إليه ، لأن الحاكم لا يملك إسقاط الحقوق وكالديون .

(والثانى) أن شفعته تسقط بأحد أمرين : إما بالعفو الصريح أو بما يدل عليه من التعريض على ما ذكرنا .

(والقول الثالث) أن شفعته تسقط بأحد ثلاثة :

(أحدها) العفو الصريح أو بما يدل عليه من التعريض ، أو بأن يتحاكم المشترى إلى القاضى فيلزمه الأخذ أو الترك فإن أخذ وإلا حكم عليه بإبطال الشفعة ، لأن القاضى مندوب إلى فصل الخصومات فإذا تقرر ما وصفنا وأخذ الشفيع الشقص بالشفعة لم يجز أن يشرط فيه خيار الثلاث ، وفى استحقاق خيار المجلس وجهان حكاهما أبو القاسم :

(أحدهما) له خيار المجلس لأنه يوافق عقد البيع .

(والثانى) لا خيار له لأنه يملك الشقص ملك إجبار لا عن مراضاة . والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل وان وجبت له الشفعة وهو محبوس او مريض او غائب نظرت فان لم يقدر على الطلب ولا على التوكيل ولا على الاشهاد فهو على شفعته ، لانه ترك بعذر ، وان قدر على التوكيل فلم يوكل ففيه ثلاثة اوجه :

(احدها) وهو قول القاضى ابى حامد انه تسقط شفعته لانه ترك الطلب مع القدرة فاشبه اذا قدر على الطلب بنفسه فترك .

(والثانى) وهو قول ابى على الطبرى انه لا تسقط ، لان التوكيل ان كان بعوض لزمه غرم وفيه ضرر . وان كان بغير عوض احتاج الى التزام منه وفى تحملها مشقة وذلك عذر فلم تسقط به الشفعة .

ومن اصحابنا من قال : ان وجد من يتطوع بالوكالة سقطت شفعته لانه ترك الطب من غير ضرر ، فان لم يجد من يتطوع لم تسقط لانه ترك للضرر ، وان عجز عن التوكيل وقدر على الاشهاد فلم يشهد ففيه قولان :

(احدهما) تسقط شفعته لان الترك قد يكون للزهد وقد يكون للعجز وقد قدر على ان يبين ذلك بالشهادة ، فاذا لم يفعل سقطت شفعته .

(والثانى) لا تسقط لان عذره فى الترك ظاهر فلم يحتج معه الى الشهادة .

فصـــل وان قال اخرت الطلب لانى لم اصدق ، فان كان قد اخبـره عدلان سقطت شفعته لانه اخبره من يثبت بقوله الحقوق ، وان اخبره حر او عبد او امراة ففيه وجهان :

(احدهما) لا تسقط لانه ليس ببينة .

(والثانى) تسقط لانه اخبره من يجب تصديقه فى الخبر وهذا من باب الاخبار فوجب تصديقهم فيه .

فصـــل فان قال المشترى : اشتريت بمائة فعفا الشفيع ، ثم بان انه اشترى بخمسين فهو على شفعته لانه عفا عن الشفعة لعذر ، وهو انه لا يرضاه بمائة او ليس معه مائة وان قال : اشتريت بخمسين فعفا ثم بان انه كان قد اشتراه بمائة لم يكن له ان يطالب لأن من لا يرضى الشقص بخمسين لا يرضاه بمائة ، وان قال : اشتريت نصفه بمائة فعفا ثم بان انه قد اشترى جميعـه بمائة فهو على شفعته لانه لم يرض بترك الجميع ، وان قال اشتريت الشقص بمائة فعفا ثم بان انه كان قد اشترى نصفه بمائة لم يكن له ان يطالب بالشفعة ، لأن من لم يرض الشقص بمائة لا يرضى نصفه بمائة .

وان قال : اشتريت باحد النقدين فعفا ثم بان انه كان قد اشتراه بالنقـد الآخر فهو على شفعته لانه يجوز أن يكون عفا لاعواز احد النقـدين عنـده او لحاجته اليه وان قال اشتريت الشقص فعفا ثم بان انه كان وكيلا فيه . وانما المشترى غيره ، فهو على شفعته لانه قد يرضى مشاركة الوكيل ، ولا يرضى مشاركة الموكل .

فصـــل وان وجبت له الشفعة فباع حصته ، فان كان بعد العلم بالشفعة سقطت شفعته ، لانه ليس له ملك يستحق به ، وان باع قبل العلم بالشفعة ففيه وجهان :

(احدهما) تسقط لانه زال السبب الذى يستحق به الشفعة ، وهو الملك الذى يخاف الضرر بسببه .

(والثانى) لا تسقط لانه وجبت له الشفعة والشركة موجودة فلا تسقط بالبيع بعده .

(فصـــل) ومن وجبت له الشفعة فى شقص لم يجز ان ياخذ البعض ويعفو عن البعض ، لأن فى ذلك اضراراً بالمشترى فى تفريق الصفقة عليه ، والضرر لا يزال بالضرر ، فان اخذ البعض سقطت شفعته لانه لا يتبعض فاذا عفا عن

البعض سقط الجميع كالقصاص ، وان اشترى شقصين من ارضين فى عقد واحد فاراد الشفيع ان يأخذ احدهما دون الآخر ففيه وجهان :

(احدهما) لا يجوز ، وهو الأظهر لما فيه من الاضرار بالمشترى فى تفـريق الصفقة عليه .

(والثانى) يجوز لأن الشفعة جعلت لدفع الضرر وربمـــا كان الضرر فى احدهما دون الآخر ، فان كان البائع او المشترى اثنين جاز للشفيع ان ياخذ نصيب احدهما دون الآخر لأن عقد الواحد مع الاثنين عقدان ، فجاز أن ياخذ احدهما دون الآخر كما لو اشتراه فى عقدين متفرقين .

(فصـــل) وان كان للشقص شفعاء نظرت فان حضروا وطلبوا اخذوا ، فان كانت حصة بعضهم اكثر ففيه قولان :

(احدهما) انه يقسم الشقص بينهم على عدد الرءوس ، وهو قول المزنى ، لان كل واحد منهم لو انفرد اخذ الجميع ، فاذا اجتمعوا تساووا فى الملك .

(والثانى) انه يقسم بينهم على قدر الأنصباء لأنه حق يستحق بسبب الملك فيسقط عند الاشتراك على قدر الأملاك كأجرة الدكان وثمرة البستان ، وان عفا بعضهم عن حقه اخذ الباقون جميعه ، لأن فى اخــذ البعض اضراراً بالمشترى ، فان جعل بعضهم حصته لبعض الشركاء لم يصح بل يكـون لجميعهم ، لأن ذلك عفو وليس بهبة ، وان حضر بعضهم اخذ جميعه ، فان حضر آخر قاسمه ، وان حضر الثالث قاسمهما ، لأنا بينا انه لا يجوز التبعيض ، فان اخذ الحاضر الشقص وزاد فى يده ، بأن كان نخلا فأثمرت ، ثم قدم الغائب قاسمه على الشقص دون الثمار ، لأن الثمار حديث فى ملك الحاضر فاختص بهــا .

وان قال الحاضر : انا آخذ بقدر مالى لم يجز ، وهل تسقط شـفعته ؟ فيه وجهان :

(احدهما) وهو قول ابى على بن ابى هريرة انها تسقط لأنه قـدر على اخذ الجميع وقد تركه .

(والثانى) وهو قول ابى اسحاق انها لا تسقط لأنه تركه بعذر ، وهـو انه يخشى ان يقدم الغائب فينتزعه منه . والترك للعذر لا يسقط الشفعة ، كما قلنا فيمن اظهر له المشترى ثمناً كثيراً فترك ثم بان بخلافه .

(فصـــل) وأن كان المشترى شريكا بان كان بين ثلاثة دار فباع إحدهم

نصيبه من احد شريكيه لم يكن للشريك الثانى أن يأخذ الجميع لان المشترى احد الشريكين فلم يجز للآخر ان يأخذ الجميع ـ كما لو كان المشترى أجنبياً ـ وقال أبو العباس للشريك ان ياخذ الجميع ؛ لانا لو قلنا : انه ياخذ النصف لتركنا النصف على المشترى بالشفعة ، والانسان لا ياخذ بالشفعة من نفسه ، والمذهب الاول ، لان المشترى لا ياخذ النصف من نفسه بالشفعة ، وانما يمنع الشريك ان ياخذ الجميع ، ويبقى الباقى على ملكه .

(فصـــل) وان ورث رجلان من ابيهما داراً ثم مات أحدهما وخلف ابنين ثم باع احد هذين الابنين حصته ففى الشـــفعة قولان : (احدهما) ان الشفعة بين الاخ والعم وهو الصحيح لانهما شريكان للمشترى فاشـتركا فى الشفعة كما لو ملكاه بسبب واحد .

(والثانى) انها للاخ دون العم لان الاخ اقرب اليه فى الشركة لانهما ملكاه بسبب واحد والعم ملك بسبب قبلهما فعلى هذا ان عفا الاخ عن حقه فهـــل يستحق العم فيه وجهان :

. (احدهما) يستحق به لانه شريك وانما قدم الاخ عليــه لانه اقــرب فى الشركة فاذا ترك الاخ ثبت للعم كما نقول فيمن قتل رجلين انه يقتل بالاول لان حقه اسبق فاذا عفا ولى الاول قتل بالثانى :

(والوجه الثانى) انه لا يستحق لانه لم يستحق الشفعة وقت الوجوب فلم يستحق بعده .

وان كان بين ثلاثة انفس دار فباع احدهم نصيبه من رجلين ، وعفا شريكاه عن الشفعة ثم باع احد المشتريين نصيبه ، فعلى القولين :

(احدهما) ان الشفعة للمشترى الآخر لانهـما ملـكاه بسبب واحـد ، والشريكان الآخران ملكاه بسبب سابق لملك المشتريين .

(والثانى) انهما بين الجميع لان الجميع شركاء فى الملك فى حال وجـــوب الشفعة ، وان مات رجل عن دار وخلف ابنتين واختين ثم باعت احـــدى الاختين نصيبها ففيه طريقان من اصحابنا من قال : هى على القولين .

(احدهما) ان الشفعة للاخت لانها ملكت مع الاخت بسبب واحد وملك البنات بسبب آخر .

(والثانى) ان الشفعة بين البنات والاخت لان الجميع شركاء فى الملك ، ومنهم من قال : ان الشفعة بين البنات والاخت قولا واحداً ، لان الجميع ملكن الشقص فى وقت واحد لم يسبق بعضهن بعضا) .

الشرح قال الشافعى : فإن علم وأخر الطلب فإن كان له عذر من حبس أو غيره فهو على شفعته وإلا فلا شفعة له ؛ ولا يقطعها طول غيبة ، وإنما يقطعها أن يعلم فيتركه ، وهذا كما قال : إذا علم الشفيع بالبيع وكان معذوراً بترك الطلب إما لغيبة أو مرض أو حبس فله ثلاثة أحوال .

(أحدها) أن يقدر على الترك ، فإن وكل كان على حقه من الشفعة بل لو وكل وهو قادر على الطلب بنفسه جاز وكان على شفعته ، لأن من ثبت له حق فله الخيار فى استيفائه بنفسه أو بوكيله ، وهل إذا قدر على التوكيل مع عجزه عن الطلب بنفسه يكون التوكيل واجباً وشرطاً فى بقاء شفعته أم لا ؟ علىّ ثلاثة أوجه .

(أحدها) وهو قول أبى حامد المروروذى فى جامعه : إن التوكيل واجب عليه بعوض وغير عوض لكونه قادراً به على الطلب .

(والوجه الثانى) وهو قول أبى على الطبرى فى إفصاحه : إن التوكيل غير واجب عليه بعوض وغير عوض ، لأن بذل العوض التزام غرم .

(والوجه الثالث) وهو قول بعض المتأخرين : إن وجد متطوعاً بالوكالة وجب عليه التوكيل لقدرته على الطلب من غير ضرر ، وإن لم يجد إلا مستعجلا ــ والمستعجل طالب الجعالة لم يجب عليه التوكيل لما فيه من التزام زيادة على الثمن ، فعلى هذا إن قيل بوجوب التوكيل بطلت شفعته إن لم يوكل ، وإن قيل : إنها غير واجبة كان على شفعته .

(والحال الثانية) أن يعجز عن التوكيل ويقدر على الإشهاد بالطلب ، فعند أبى حنيفة إن الإشهاد شرط فى استحقاق الشفعة مع القدرة على الطلب ومع العجز عنه وأنه متى لم يشهد مع مكنته من الإشهاد بطلب الشفعة ، وعند الشافعى أن الإشهاد مع القدرة على الطلب ليس بواجب ، لأن الإشهاد إنما يراد ليكون بينة له على إرادة الطلب فاستغنى عنه بظهور الطلب ، فأما وجوب الإشهاد مع العجز عن الطلب ففيه قولان .

(أحدهما) وهو ظاهر نص الشافعي أن الإشهاد ليس بواجب ، وهو على شفعته إن ترك كالقادر على الطلب .

(والقول الثانى) أن الإشهاد واجب ، وتركه مبطل للشفعة ، والفرق بين القادر على الطلب والعاجز عنه أن ظهور الطلب من القادر عليه يغنى عن الإخبار بمراده ، والعاجز عنه قد يحتمل أن يكون إمساكه تركاً للشفعة ، ويحتمل أن يكون قصداً للطلب مع المكنة فافتقر إلى نفى الاحتمال فى الإخبار عن مراده بالإشهاد فعلى هذا يجب أن يشهد ويكون بينة كاملة عند الحاكم وهو أن يشهد شاهدين عدلين أو شاهداً وامرأتين ، فإن أشهد شاهداً واحداً ليحلف معه لم يجز لأن من الحكام من لا يحكم بالشاهد واليمين فلم يصر مستوثقاً لنفسه بالإشهاد ، ولو أشهد عبداً أو صبياناً أو فساقاً لم يجزه .

وقال أبو حنيفة : يخرجهم به إشهادهم لأنه قد ينعتق العبيد ويرشد الفساق ويبلغ الصبيان وهذا خطأ ، لأن مقصود الشهادة هو الأداء ، فلم ينفع إشهاد من لا يصح منه الأداء ، وليس ما ذكره من جواز انتقالهم من أحوالهم بأغلب من جواز بقائهم على أحوالهم ؛ فلو لم يشهد وطالب عند الحاكم بالشفعة فهو أقوى من الإشهاد فى ثبوت الشفعة .

(والحال الثالثة) أن يعجز عن التوكيل والإشهاد فهو على حق من الشفعة ، وإن تطاول به الزمان ما لم يقدر على القدوم للطلب ، فإن قدر على القدوم فأخذ فيه على المعهود فى الناقب والمسير من غير إرهاق ولا استعجال كان على شفعته ، وإن أخر قدومه عن وقت المكنة بطلت شفعته ، قال الماوردي: فإن اختلفا فقال المشترى تأخرت مع القدرة عليه ، وقال الشفيع . تأخرت للعجز عنه فالقول قول الشفيع مع يمينه إذا كان ما قال ممكنا ويكون على شفعته ولم يقبل قول المشترى فى إبطالها ؛ وهكذا لو قال المشترى : قدمت بغير المطالبة ، وقال الشفيع : قدمت للطلب كان القول قوله مع يمينه ، وهو على شفعته .

فـــرع وهكذا لو قال المشترى : تقدم علمك على زمان الطلب ،

وقال الشفيع لم أعلم إلا وقت الطلب فالقول قول الشفيع مع يمينه ، فأما ما يصير به عالماً فالبينة العادلة وكل جهر طرق سمعه صوته ووقع فى نفسه ، ولو من امرأة أو عبد أو كافر لأن ما تعلق بالمعاملات يستوى فيه خبر الحر والعبد والعدل والفاسق إذا وقع فى النفس أن المخبر صادق .

وقال أبو حنيفة : لا يصير عالماً إلا بالبينة العادلة لأن الحق لا يثبت إلا بها فلو علم الشفيع بالبيع فأمسك على الطلب لجهله باستحقاق الشفعة ففى بطلانها وجهان مخرجان من اختلاف قولين فى الأمة إذا أعتقت تحت عبد فأمسك عن الفسخ لجهله باستحقاقه .

فـــرع إذا باع بمصر شقصاً من دار بدمشق وحضر الشفيع فأخر طلبها مع القدرة عليه ليأتى دمشق فيطالبه بها بطلت شفعته لأن قدرته على أخذها بدمشق كقدرته على أخذها بمصر ولكن لو أنكر المشترى بمصر أنه خليط فأخرها ليقيم البينة فى دمشق كان على شفعته إذا لم يجد بينة بدمشق قال الماوردى : واختلف أصحابنا فيمن شهد به البينة فى استحقاق الشفعة على وجهين :

(أحدهما) أنه لا شفعة له إلا أن تشهد لـه البينة بالملك ، وبـه قال أبو حنيفة لئلا ينتزع ملكا بأمر محتمل .

(والوجه الثانى) أنه يستحق الشفعة إذا شهدت له البينة باليـد ، وبه قال أبو يوسف ، لأنها حجة فى الملك ، لكن يحلف الشفيع مع بينة أنه مالك ، ثم يحكم له بالشفعة .

وإذا عرض الشقص قبل البيع على الشفيع فلم يشتره ثم بيع فله المطالبة بالشفعة ولا يسقط حقه منها بامتناعه من الشراء لوجوبها بالبيع الحادث فلو عفا الشفيع عنها قبل الشراء كان عفوه باطلا وهو على حقه من الشفعة بعد الشراء لأنه عفا عنه قبل استحقاقها فصار كإبرائه من الدين قبل وجوبه .

فإذا صالح الشفيع المشترى على مال يأخذه منه عوضاً على تركه الشفعة

لم يجز وكان صلحاً باطلا وعوضاً مردوداً ، كما لا يجوز أن يعارض على ما قد استحقه من دين أو شرط وفى بطلان شفعته بذلك وجهان .

(أحدهما) أنها قد بطلت لأنه تارك لها .

(والوجه الثانى) أنها لم تبطل لأن الترك مشروط بعوض فلما بطل العوض بطل الترك وإذا عفا الشفيع عن بعض الشفعة لم يتبعض العفو ، وفيه وجهان .

(أحدهما) أن العفو باطل وهو على حقه من الشفعة فى الكل ، لأن العفو لما لم يكمل بطل ؛ وبه قال أبو يوسف .

(والوجه الثانى) وهو قول أبى العباس بن سريج أن العفو صحيح فى الكل تعليقاً لما ظهر من حكم التسليم ، وبه قال محمد بن الحسن .

فرع إذا وجبت الشفعة بخليط فباع حصته قبل الأخذ أو الترك لم يخل حاله عند بيعها من أحد أمرين ، إما أن يبيعها قبل العلم بالشفعة أو بعد العلم بها فإن باع حصته بعد العلم بالشفعة فلا شفعة له ، لأن المعنى الموجب لها من سوء المشاركة والخوف من مؤنة القسمة قد ارتفع بالبيع وزوال الملك فعلى هذا لو باع بعض حصته ففى بطلان شفعته وجهان مخرجان من العافى عن بعض شفعته .

(أحدهما) أنها لا تبطل وهو على حقه منها لأنها لا تستحق بقليل الملك كما تستحق بكثيره فأما إن كان بيعه لحصته قبل العلم بشفعته ففى بطلان الشفعة وجهان .

(أحدهما) وهو قول أبى العباس بن سريج أن شفعته قد بطلت لأنه باع الملك المقصود بالشفعة كما له منافعه .

(والثانى) حكاه أبو حامد الأسفرايينى أنه على شفعته لأنه قد ملكها ، وليس فى بيعه قبل العلم عفو عنها ، والوجه الأول أصح .

فإذا علم بالمبيع وقيل له إن الثمن ألف درهم فعفا عن الشفعة ثم بان أن الثمن مائة دينار كانت له الشفعة ولا يؤثر فيها ما تقدم من العفو لأنه قد يعفو عن الدراهم لإعوازها معه ، وهكذا لو قيل له : إن الثمن مائة دينار فعفا عن الشفعة ثم بان أنه ألف درهم كان على شفعته .

وقال أبو يوسف : إن كان قيمة الألف مائة دينار فصاعدا فلا شفعة له ؛ وإن كانت قيمته أقل فله الشفعة ، وقد خطأ أصحابنا هذا .

وإذا تعدد الشفعاء فقد قال الشافعي : إذا حضر أحد الشفعاء أخذ الكل بجميع الثمن ، فإن حضر الثاني أخذ منه النصف بنصف الثمن ، فإن حضر الثالث أخذ منهما الثلث بثلث الثمن حتى يكونوا في ذلك سواء . وصورتها في دار بين أربعة شركاء باع أحدهم حصته على غير شركائه فالشفعة فيها واجبة لشركائه الثلاثة ، فإذا كانوا حاضرين وطلب بعضهم الشفعة دون بعض فيعطى الطالب وتبطل الشفعة لمن عفا ، وللطالب أن يأخذ جميع الشقص بشفعته وليس له أن يبعض ويأخذ الثلث لما فيه من تفريق الصفقة .

فإذا كانوا جميعاً غائبين فهم على حقوقهم من الشفعة ما لم يكن منهم عفو ، فإذا ادعى المشترى على أحد العفو عن شفعته لم تسمع دعواه ، لأن للآخرين أن يأخذوا الجميع فلم يكن لدعواه معنى ؛ ولكن لو ادعى شريكان على الثالث منهم العفو سمعت دعواهما لما فيه من توفر حقه عليهما وأحلف لهما ولم تسمع شهادة المشترى عليه بالعفو لما فيها من شفعته عن مطالبته .

ولو ادعى المشترى على الثلاثة كلهم العفو كان له إحلافهم لأنهم لو نكلوا ردت اليمين عليه وسقط حقهم من الشفعة ، فإن حلف أحد الثلاثة ونكل اثنان منهم لم ترد أيمانهما على المشترى بنكولهما ، لأن عفو بعض الشفعاء مما يوجب الترك على المشترى ويأخذه من لم يعف ثم لا يقضى للحالف بالشفعة في الكل إلا أن يحلف أن شريكيه قد عفوا ، فإذا حلف أخذ كل الشقص وإن نكل أخذ منه قدر حصته وأخذ الناكلان منه قدر حصته .

وقال الشافعي : إذا كان الاثنان اقتسما كان للثالث نقض قسمتهما ،

وهذا كما قال : إذا كان للشقص المبيع ثلاثة شفعاء فحضر اثنان فأخذا الشقص بينهما لغيبة الثالث منعا من قسمته لأن فى الشقص حقا لشريكهما الغائب مع السهم الذى له بقديم ملك ، فإذا اقتسما ، كانت القسمة باطلة ؛ فلو حضر فعفا عن الشفعة لم تصح القسمة المتقدمة لفسادها .

ولو أراد الشفيعان الحاضران أن يبيعا ما كان لهما بقديم الملك وما أخذاه بحادث الشفعة لم يمنعا من ذلك لحق الغائب وقدرته على أخذه بأى العقدين شاء ، فإذا قدم الغائب وقد باع الحاضران ما أخذاه بالشفعة فهــو بالخيار بين أن يأخذ بالشفعتين وبين أن يأخذ بالأولى ويعفو عن الثانية ، وبين أن يأخذ بالثانية ويعفو عن الأولى ؛ فإن أراد أن يأخذ بالشفعتين أخذ بالأولى ثلث الشقص وبطل البيع فيه وأخذ بالثانية نصف الباقى وهو ثلث الشقص ، لأنه أخذ شفعتين ففضّل له ثلث الشقص بالشفعتين .

وإن أراد أن يأخــذ بالشفعة الثانية ويعفو عــن الأولى صح البيع فى الجميع وأخذ نصف الشقص كله لأنه أخذ شفعتين . وإن أراد أن يأخــذ بالشفعة الأولى ويعفو عن الثانية أخذ ثلث الشقص لأنه أخذ ثلث الشفعة . فإن أحب أن يأخذه بشفعته الثانية صح البيع فى الكل وكان له أخذ الجميع بها لأنه شفيع واحد . وإن أراد أن يأخــذه بالشفعتين أخــذ ثلث الشقص بشفعته الأولى وبطل فيه البيع وصح فى ثلثيه فيما كان لهمــا بقديم الملك وأخذهما بشفعته الثانية .

فـــرع قال الشافعى : ولو ورثه رجلان فمات أحدهما وله ابنان فباع أحدهما نصيبه فأراد أخوه الشفعة دون عمه فكلاهما سواء ، لأنهما فيها شريكان .

قال المزنى : هذا أصح من أحــد قوليه : إن أخاه أحق بنصيبه . قال المزنى : وفى تسويتهٔ بين الشفعتين على كثرة ما للعم على الأخ . وصورتها فى دار بين رجلين ، إما أخوين أو أجنبيين ملكاها بسبب واحد أو بسببين مات أحدهما وترك ابنين فصارت الدار بينهم على أربعة أسهم للباقى من الأخوين

المالكين سهمان ولكل واحد من ابن الميت سهم واحد ؛ باع أحد الابنين حقه وهو سهم واحد على أجنبى فالشفعة مستحقة فيه ، وهل يختص بها أخوه أو تكون بينه وبين العم ؟ فيه قولان :

(أحدهما) وهو أحد قوليه فى القديم : إن الأخ أحق بشفعة أخيه من العم لأمرين :

(أحدهما) أنهما اشتركا فى سبب ملكه ، وتميز العم عنهما بسببه فكان الأخ لمشاركته فى السبب أحق بشفعة أخيه من العم لتفرده بسببه .

(والثانى) أن ملك الأخوين كان مجتمعاً فى حياة الأب وقد يجرى عليه حكم الاجتماع بعد موت الأب ، ألا ترى لو ظهر على الأب دين تعلق بالسهمين معاً ولم يتعلق بسهم العم .

(والقول الثانى) قاله فى الجديد وبعض القديم أن الشفعة مشتركة بين الأخ والعم لأمرين :

(أحدهما) أنه لما تساويا فى الاشتراك وجب أن يتساويا فى الاستحقاق كالمختلفى الأسباب .

(والثانى) أن ما أخذ بالشفعة أخذت به الشفعة ، وقد ثبت أن العم لو باع حصته تشاركا فى شفعته ، فاقتضى أن يشاركهما بشفعته فإذا تقرر توجيه القولين ، فإن قيل بأن الأخ أحق بها تفرد بأخذها دون العم ؛ فإن عفا الأخ عنها احتمل استحقاق العم لها وجهين :

(أحدهما) لا حق له فيها لخروجه عن استحقاقها .

(والوجه الثانى) يستحقها لخلطته ، وإنما قدم الأخ عليه لامتزاج سببه وإن قيل إنها بينهما كانت نصفين بالسوية ، وبه قال أبو حنيفة لأمرين : أنها تستحق بقليل الملك كما تستحق بكثيره حتى لو ملك أحد الشريكين سهما من عشرة أسهم أخذ به شفعة التسعة الباقية ، ولو بيع السهم أخذه صاحب التسعة الباقية فاقتضى أن يتساوى الشريكان فيهما .

وإن تفاضلا فى المال اعتباراً بأعداد الرءوس لا بقدر الأملاك كالعبد المشترك يملك أحد الثلاثة نصفه والثانى ثلثه والثالث سدسه فإذا أعتق صاحبا النصف والسدس حقوقهما معا قوم عليهما الثلث نصفين وعتق بينهما بالسوية كذلك الشفعة .

(والثانى) أن استحقاق الشفعة لرفع الضرر بها وقد يستضر صاحب الأقل كاستضرار صاحب الأكثر فوجب أن يساوى صاحب الأقل منهما صاحب الأكثر فعلى هذا تصير الدار بينهم على ثمانية أسهم ، خمسة منها للعم منها أربعة بقديم ملكه وسهم بشفعته ، وثلاثة أسهم للأخ منها سهمان بقديم ملكه وسهم بشفعته . والقول الثانى : قاله فى الجديد ــ وهو الصحيح ــ أنها بينهما على عقدر مالهما اعتبارا بالأملاك ، وبه قال مالك لأمرين :

(الأمر الأول) : أن منافع الملك تتوزع على قدره كالأرباح فى التجارة والنتاج فى الحيوان .

(والثانى) أن الشفعة إنما وجبت لرفع الضرر بها عن الملك الداخل عليه بحق لا بظلم مثل مؤنة القسمة ونقصان القيمة بعد القسمة ، وهذا يقل ويكثر لقلة الملك وكثرته فوجب أن يتقسط على الأملاك دون الملاك .

وأما سوء المشاركة فظلم يمكن رفعه بالسلطان ، وفى هذا انفصال ، فعلى هذا تكون الشفعة بينهما على ثلاثة أسهم لصاحب النصف سهمان ولصاحب الربع سهم واحد وتصير جميع الدار بينهما أثلاثا . فأما المزنى فإنه اختار من القولين الأولين أن تكون الشفعة بينهما وهو أصح القولين ثم اختار من القولين الآخرين أن يكون بينهما نصفين استدلالا بما ذكرنا من العتق .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل وان تصرف المشترى فى الشقص ثم حضر الشفيع نظرت ، فان تصرف بما لا تستحق به الشفعة كالوقف والهبة والرهن والاجارة فللشفيع ان يفسخ وياخذ لان حقه سابق للتصرف ومع بقاء التصرف لا يمكن الاخذ فملك الفسخ ، وان تصرف بما تستحق به الشفعة كالبيع والصداق فهو بالخيار بين

ان يفسخ ويأخذ بالعقد الأول وبين ان يأخذ بالعقد الثانى لأنه شفيع بالعقدين ، فجاز ان يأخذ بما شاء منهما ، وان قابل البائع او رده عليه بعيب فللشفيع ان يفسخ الاقالة والرد بالعيب ، ويأخذه لأن حقه سابق ولا يمكن الأخذ مع الاقالة والرد بالعيب ، فملك الفسخ ، وان تحالفا على الثمن وفسخ العقد جاز للشفيع ان يأخذ بالثمن ، الذى حلف عليه البائع ، لأن البائع اقر للمشــــترى بالملك وللشفيع بالشفعة بالثمن الذى حلف عليه ، فاذا بطل حق المشترى بالتحالف بقى حق الشفيع . وان اشترى شقصا بعبد ووجد البائع بالعبد عيبــاً ورده قبل أن يأخذ الشفيع ففيه وجهان :

(احدهما) يقدم الشفيع لأن حقه سابق لأنه ثبت بالعقد وحق البائع ثبت بالرد .

(والثانى) أن البائع اولى لأن فى تقديم الشفيع اضراراً بالبائع فى اسقاط حقه من الرد والضرر لايزال بالضرر ، وان اصدق امراته شقصاً وطلقها قبل الدخول وقبل ان ياخذ الشفيع ففيه وجهان :

(احدهما) يقدم الزوج على الشفيع لأن حق الزوج اقوى لأنه ثبت بنص الكتاب وحق الشفيع ثبت بخبر الواحد فقدم حق الزوج .

(والثانى) يقدم الشفيع لأن حقه سابق لأنه ثبت بالعقد وحق الزوج ثبت بالطلاق) .

الشرح الأحكام : على المنصوص من حق الشفيع بقدم الملك أن يفسخ تصرف المشترى فى الشقص إذا بذله فيما لا تستحق به الشفعة كأن وقفه أو وهبه أو رهنه أو أجره لسبق حقه على التصرف الحادث بعد قيام حقه فى الشفعة لأنه لا يملك الأخذ للشقص مادام تصرفه نافذاً فلا مناص من الفسخ . أما البيع والصداق فهو مخير بين أن يأخذ بأحد العقدين ، فإما أن يأخذ بالثمن الذى بذله المشترى أو بالثمن الذى أخذه أو بمهر المثل بمـــا هو الأحظ له .

فإذا تبايع الرجلان شقصاً فعفا الشفيع عن شفعته فلا شفعة فيه بالإقالة لأنها رفع للعقد وليست استيفاء ولم يكن الشفيع قد عفا حتى تقابلا كان للشفيع إبطال الإقالة لما فيها من إسقاط حقه من الشفعة ثم يأخذ الشقص بشفعة البائع فلو كان مشترى الشقص قد وقفه قبل عفو الشفيع فللشفيع

إبطال الوقف وأخذ الشقص بالشفعة وكذا إذا رهنه أبطل الرهن وآخذه بالشفعة ، ولو أجره أخذه ثم له الخيار فى إمضاء الإجارة وفسخها ، ولا تبطل بأخذ الشفيع بخلاف الرهن ، فإن أمضاها الشفيع فالأجرة للمشـــترى دون الشفيع لأنه عقدها فى ملكه ، ولو كان المشترى قد باع الشقص على غيره كان الشفيع مخيراً بين إمضاء البيع وأخذه بالشفعة من المشترى الثانى وبين فسخه وأخذه بالشفعة من المشترى الأول .

وفى الصداق خلاف بين الفقهاء فقد قال مالك وابن أبى ليلى : يأخـــذ الشقص بقيمته لا بمهر المثل ، وحكى نحوه عن الشافعى فى القديم لأن المهور قد يزاد فيها وينقص فخالفت البيوع وهذا فاسد من وجهين .

(أحدهما) وجود هذا المعنى فى الأثمان لجواز الزيادة والنقصان فيها ثم لم يمنع ذلك مـــن أن يؤخذ الشقص بمثـــل الثمن ، كذلك لا يمتنع فى الصداق أن يؤخذ بقيمة البضع .

(والثانى) أن مالا مثل له من الأعواض يوجب الرجوع إلى قيمة العوض دون الشقص من ذلك البضع الذى لا مثـــل له ، فإنه يوجب الرجوع إلى قيمته من المهر دون الشقص ، فإذا ثبت أنه مأخوذ بمهر المثل فسواء كان قيمة المثل بإزاء مهر المثل كان زائداً عليه أو ناقصاً عنه حتى لو كان مهر المثل ديناراً وأخذ الشقص بمائة دينار فعلى هذا لو اختلفا فى مهر المثل فترافعا فيه إلى الحاكم ليجتهد فى مهر مثلها ويسقط تنازعهما .

فـــرع قال الشافعى : فإن طلقها قبل الدخول رجع عليها بنصف قيمة الشقص وهذا كما قال : إذا طلقها الزوج وقد أصدقها شقصاً من دار لم يخل حال الطلاق من أن يكون قبل الدخول أو بعده ، فإن كان بعد الدخول فلا رجوع له بشىء منه ، وإن كان قبل الدخول فقد استحق الرجوع بنصف الصداق لقوله تعالى « وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم » ثم لا تخلو حال الشفيع من ثلاث أحوال :

(أحدها) أن يكون قد أخذ الشقص من الزوجة شفعته فللزوج أن يرجع

عليها بنصف قيمة الشقص فى أقل أحواله قيمة من حين أصدق إلى أن أقبض ، ويكون استحقاقه بالشفعة لزوال ملكها عنه ببيع أو هبة .

(والحال الثانية) أن يكون الشفيع قد عفا عن شفعته فيه فللزوج أن يرجع عليها بنصفه لبقائه فى يدها ولا شفعة على الزوج فى النصف الذى ملكه بالطلاق لأنه ملك بغير بدل .

(والحال الثالثة) أن يكون الشفيع على حقه لعذر طال به فلم يعف ولم يأخذ حتى طلق الزوج ، فأيهما أحق بالشفعة ؟ فيه وجهان :

(أحدهما) أن الزوج أحق من الشفيع لأن حقه ثابت بنص كتاب مقطوع به ، وحق الشفيع ثبت استدلالا بخبر الواحد فكان ظنياً ، والقطعى يرد الظنى ، فعلى هذا يرجع الزوج بنصف الشقص ويكون الشفيع بعد ذلك مخيراً فى أخذ النصف الباقى بنصف مهر المثل .

(والوجه الثانى) وهو أصح أن الشفيع أحق به من الزوج لأمرين :

(ا) لأن الزوج يرجع عن الشقص إلى بدل ، والشفيع لا يرجع عنه إلى بدل .

(ب) أن حق الزوج متأخر وحق الشفيع أسبق ، فعلى هذا يعرض على الشفيع فإن أخذه رجع الزوج عليها بنصف قيمته ، وإن تركه رجع الزوج بنصفه ، وقد زعم بعض الأصحاب أن تخريج هذين الوجهين فى اختلافهم فى نصف الصداق هل يملكه الزوج بالطلاق أو بالتملك ؟ فإن قيل بالطلاق كان أحق من الشفيع ، وإن قيل بالتملك كان الشفيع أحق .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل وان اشترى شقصاً وكان الشفيع غائباً فقاسم وكيله فى القسمة أو رفع الأمر الى الحاكم فقاسمه وغرس وبنى ثم حضر الشفيع او اظهر له ثمناً كثيراً فقاسمه ثم غرس وبنى ثم بان خلافه وأراد الأخذ فان اختار المشترى قلع

الفراس والبناء لم يمنع لأنه ملكه فملك نقله ولا تلزمه تسوية الأرض لأنه غير متعد ، وان لم يختر القلع فالشفيع بالخيار بين ان يأخذ الشقص بالثمن والغراس والبناء بالقيمة وبين ان يقلع الغراس والبناء ويضمن ما بين قيمته قائماً ومقلوعاً ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال : ((لا ضرر ولا ضرار)) ولا يزول الضرر عنهما الا بذلك .

فصل وان اشترى شقصاً وحدث فيه زيادة قبل ان يأخذ الشفيع نظرت فان كانت زيادته لا تتميز كالفسيل اذا طال وامتلأ ، فان الشفيع يأخذه مع زيادته لأن مالا يتميز يتبع الأصل فى الملك كما يتبعه فى الرد بالعيب ، وان كانت متميزة كالثمرة فان كانت ثمرة ظاهرة لم يكن للشفيع فيها حق لأن الثمرة الظاهرة لا تتبع الأصل كما قلنا فى الرد بالعيب ، وان كانت غير ظاهرة ففيها قولان . قال فى القديم : تتبع الأصل كما تتبع فى البيع . وقال فى الجديد : لا تتبعه لأنه استحقاق بغير تراض ، فلا يؤخذ به الا ما دخل بالعقد ويخالف البيع لأنه استحقاق عن تراض يقدر فيه على الاستثناء فاذا لم يستثن تبع الأصل .

(فصل) اذا اراد الشفيع ان يأخذ الشقص ملك الأخذ من غير حكم الحاكم لأن الشفعة ثابتة بالنص والاجماع فلم تفتقر الى الحاكم كالرد بالعيب ، فان كان الشقص فى يد المشترى اخذه منه ؛ وان كان فى يد البائع ففيه وجهان (أحدهما) يجوز ان يأخذ منه لأنه استحق فملك الأخذ ، كما لو كان فى يد المشترى . (والثانى) لا يجوز ان يأخذ منه ، بل يجبر المشترى على القبض ثم يأخذه منه ، لأن الأخذ من البائع يؤدى الى اسقاط الشفعة ، لأنه يفوت به التسليم ، وفوات التسليم يوجب بطلان العقد ، فاذا بطل العقد سقطت الشفعة ، وما ادى اثباته الى اسقاطه سقط .

فصل ويملك الشفيع الشقص بالأخذ لأنه تملك مال بالقهر فوقع الملك فيه بالأخذ كتملك المباحات ، ولا يثبت فيه خيار الشرط ، لأن الشرط انما يثبت مع تملك الاختيار ، والشقص يؤخذ بالاجبار فلم يصح فيه شرط الخيار ، وهل يثبت له خيار المجلس ؟ فيه وجهان .

(احدهما) يثبت لأنه تملك مال بالثمن فثبت فيه خيار المجلس كالبيع

(والثانى) لا يثبت لأنه ازالة ملك لدفع الضرر فلم يثبت فيه خيار المجلس كالرد بالعيب .

(فصل) وان وجد بالشقص عيباً فله ان يرده لأنه ملكه بالثمن فثبت له الرد بالعيب كالمشترى فى البيع ، وان خرج مستحقاً رجع بالعهدة على المشترى لأنه أخذ منه على انه ملكه فرجع بالعهدة عليه كما لو اشتراه منه) .

الشرح قال الشافعي : ولو قاسم وبنى قيل للشفيع : إن شئت فخذ الثمن وقيمة البناء أو دع لأنه بنى غير متعد فلا يهدم ما بناه .

قال المزني : هذا غلط ، وكيف لا يكون متعدياً وقد بنى فيما للشفيع فيه شرك مشاع ، ولولا أن للشفيع فيه شركاً ما كان شفيعاً . وصورة هذه المسألة في رجل اشترى شقصا من دار وقاسم عليه ثم بنى في حصته وحضر الشفيع مطالبا لشفعته قال الشافعي : قيل للشفيع إن شئت فخذ الشقص بثمنه وبقيمة البناء قائما ، ولا يجبر المشتري على قلعه لأنه بناه غير متعد وهكذا عمارة الأرض للزرع .

قال المزني : هذا غلط من الشافعي لأن القسمة إن وقعت مع الشفيع فقد بطلت شفعته وصحت القسمة ، وإن لم يقاسمه الشفيع فالقسمة باطلة والشفعة واجبة ، فلم تجتمع صحة القسمة مع بقاء الشفعة وهذا الذي اعترض به المزني على الشافعي من تنافي بقاء الشفعة وصحة القسمة غلط ، لأنه قد تصح القسمة مع بقاء الشفعة من خمسة أوجه

(أحدها) أن يكون الشفيع غائباً وقد وكل في مقاسمة شركائه وكيلا فيطالب المشتري الوكيل بمقاسمته على ما اشترى ، فيجوز للوكيل أن يقاسمه لتوكيله في المقاسمة ، ولا يجوز أن يطالبه بالشفعة لأنه غير موكل في طلب الشفعة ويكون الشفيع على شفعته بعد القسمة ويكون المشتري غير متعد في البناء .

(والوجه الثاني) أن لا يكون للشفيع الغائب وكيل في القسمة فيأبى المشتري التحاكم فيسأله أن يقاسمه على الغائب فيجوز للحاكم مقاسمة المشتري وإذا كان الشريك بعيد الغيبة وليس له أن يأخذ للغائب بالشفعة إلا لمولى عليه ، ولا تبطل شفعة الغائب بمقاسمة الحاكم عنه ، والمشتري غير متعد في البناء .

(والوجه الثالث) أن يذكر المشتري للشفيع ثمناً موفوراً فيعفو عن الشفعة لوفور الثمن ويقاسم المشتري ، ثم يبين أن الثمن أقل مما ذكره المشتري

فالقسمة صحيحة والشفعة واجبة والمشترى غير متعد ببنائه ، لأنه بالكذب متعد فى قوله لا فى قسمته وبنيانه ، فصار كرجل ابتاع داراً بثمن قد دلسه بعيب ثم بنى ووجد البائع العيب فى الثمن فعليه إذا رد المعيب واسترجع الدار أن يدفع إلى المشترى قيمة البناء قائماً لأنه بناء غير متعد فى فعله ، وإن دلس كاذبا فى قوله .

(والوجه الرابع) أن ينكر المشترى الشراء ويدعى الهبة فيكون القــول قوله مع يمينه ولا شفعة عليه فى الظاهر فيقاسمه الشريك ثم يبنى وتقوم البينة عليه بعد بنائه بالشراء ، فالشفعة واجبة مع صحة القسمة ولا يكون متعدياً بالبناء مع جحوده الشراء لأنه تعدى فى القول دون الفعل .

(والوجه الخامس) : أن يكون الشفيع طفلا أو مجنونا فيمسك الولى على طلب الشفعة ويقاسم المشترى ، ثم يبلغ الطفل ويفيق المجنون فتكون له الشفعة مع صحة القسمة ، ولا يكون إمساك الولى عن الشفعة مبطلا للقسمة، ولا مقاسمته مبطلا للشفعة .

فإذا صحت القسمة مع بقاء الشفعة من هذه الوجوه الخمسة وبطــل اعتراض المزنى بها لم يجبر المشترى على قلع بنائه وقيل للشفيع إن شئت فخذ الشقص بثمنه وقيمة البناء ، وقال أبو حنيفة : يجبر المشترى على قلع بنائه ولا قيمة له على الشفيع استدلالا بأن حق الشفيع أسبق من بنائه فصار كالاستحقاق بالغصب . وهذا خطأ لأن المشترى تام الملك قبل أخذ الشقص ألا تراه يملك النماء ؟ ومن بنى فى ملكه لم يتعد كالذى لا شفعة عليــه ، ومن بنى فى ملكه لم يكن جواز انتزاعه من يده موجبا لتعديه ونقض بنائه كالموهــوب له إذا بنى ورجع الواهب فى هبته ، ولأن الشفعة موضــوعة لإزالة الضرر فلم يجز أن تزال بضرر . وفى أخذ المشترى بهدم بنائه ضرر .

فأما الجــواب عما ذكره من إلحاقه بالغصب فهــو تعــدى الغاصب بتصرفه فى غير ملكه ، وليس المشترى متعديا لتصرفه فى ملكه

فـــرع قال الشافعي : ولو كان الشقص في النخل فزادت كان له أخذها زائدة أما النخل فلا يخلو حال بيعها من ثلاثة أقسام .

(أحدها) أن تباع مفردة عن الأرض فلا شفعة فيها . وكذلك سائر الأشجار كالأبنية التي إذا أفردت بالعقد لم تجب فيها الشفعة ، لأنها مما ينتقل عن الأرض والمنقول لا شفعة فيه كالزرع .

(والقسم الثاني) أن تباع النخل مع الأرض فتجب فيها الشفعة تبعاً للأرض بخلاف الزرع ، لأنه لا يتبع الأرض في البيع ولا يتبعها في الزرع ، والفرق بينهما أن إقرار الزرع في الأرض غير مستدام وإقرار النخل والشجر مستدام .

وأوجب أبو حنيفة الشفعة في الزرع تبعا للارض .

(والقسم الثالث) أن يباع النخل مع قرارها مفردة عما يتخللها من بياض الأرض ففي وجوب الشفعة فيها وجهان ، وكذلك بيع البناء مع قراره دون البياض على هذين الوجهين :

(أحدهما) فيه الشفعة لأنه فرع لأصل ثابت .

(والوجه الثاني) أنه لا شفعة فيه لأن قرار النخل يكون تبعاً لها ، فلما لم تجب الشفعة فيها مفردة لم تجب في تبعها فإذا تقرر هذا وكان المبيع شقصاً من أرض ذات نخل وشجر فزادت بعد البيع وقبل أخذ الشفعة لغيبة أو عذر لا تبطل به الشفعة لم يخل حال الزيادة من أحد أمرين إما أن تكون مثمرة أو غير مثمرة ، فإن كانت الزيادة غير مثمرة كالفسيل إذا طال وامتلأ ، والغرس إذا استغلظ واستوى فللشفيع أن يأخذ ذلك بزيادته ، لأن مالا يتميز من الزيادة تبع لأصله ، وإن كانت الزيادة متميزة كالثمرة الحادثة بعد البيع فلا يخلو حالها عند الأخذ بالشفعة من أن تكون مؤبرة أو غير مؤبرة ، فإن كانت مؤبرة فلا حق فيها للشفيع وهي ملك المشتري ، لأن ما كان مؤبراً من الثمار لا يتبع أصله وعلى الشفيع أن يقرها على نخله إلى وقت الجداد ، وإن كانت الثمرة غير مؤبرة ففي استحقاق الشفيع لها قولان :

(أحدهما) يستحقها لاتصالها كما يدخل فى البيع تبعاً . وهذا قوله فى الجديد ، ويكون الفرق بين الشفعة والبيع أن البيع نقل ملك بعوض عن مراضاة فجاز أن يكون ما لم يؤبر من الثمار تبعاً للقدرة على استثنائها بالعقد . والشفعة استحقاق ملك بغير مراضاة فلم يملك بها إلا ما تناوله العقد ، وهكذا الحكم فى كل ما استحق بغير مراضاة كالشفعة والتفليس ، أو يكون بغير عوض كالرهن والهبة ؛ هل يكون ما لم يؤبر من الثمار فيهما تبعاً لأصلها ؟ على ما ذكرنا من القولين .

فـــرع أما قوله : إذا أراد الشفيع أن يأخذ الشقص ملك الأخذ إلخ ، فقد مضى قولنا ما حاصله إن كان الشفيع قادراً على الطلب فله ثلاثة أحـوال :

(ا) أن يبادر إلى الطلب فهو على حقه من الشفعة ولا يحتاج إلى حكم حاكم فى الأخذ بها ، لأنها ثبتت بالنص الصحيح المرفوع وبالإجماع ، ولم يشذ إلا الأصم ، وللحاكم أن ينظره حتى يحضر الثمن يوماً أو يومين .

(ب) خياره فى التمسك بالشفعة والعفو عنها على ضربين صريح وتعريض، وذهب أبو حنيفة إلى صحة العفو فى بعض التعريض القوى لشبهه بالتصريح .

(ج) زمان المكنة ، وقد أوضحنا كل هذه الأحوال بما لا مزيد عليه إن شاء الله تعالى .

فـــرع قال الشافعى : وإذا اشترى شقصاً على أنها بالخيار جميعاً فلا شفعة حتى يسلم البائع ، وإن كان الخيار للمشترى دون البائع فقد خرج من ملك البائع وفيه الشفعة اهـ قلت : إن ما يثبت من الخيار فى البيع على أربعة أقسام :

(الأول) خيار عقد	(الثانى) خيار شرط
(الثالث) خيار رؤية	(الرابع) خيار عيب

فالأول هو خيار المجلس فلا يستحق فيه الشفعة إلا بعد إمضائه بالافتراق عن تمام ، وسواء قيل : إن الملك منتقل بنفس العقد أو بالافتراق مع تقديم العقد لأن ثبوت الفسخ لكل واحد منهما يمنع من استقرار العقد بينهما ، ولأن البائع لما لم يلزمه عقد المشترى فأولى أن لا يلزمه شفعة الشفيع ، فإذا افترقا عن تمام وإمضاء استحق الشفيع حينئذ أن يأخذ بالشفعة . وبماذا يصير الشفيع مالكا ؟ على ثلاثة أقوال من اختلاف أقواله فى اقتضاء الملك .

(أولا) أن يكون مالكا لهـا بنفس العقد .

(ثانياً) أن يكون مالكا للشفعة بافتراقهما عن تراض وهذا على القول الذى يقول فيه لا ينتقل إلا بالعقد والافتراق .

(ثالثاً) أن ملك الشفعة كان موقوفا على إتمام العقد وإمضائه فتمامه يدل على تقديم ملكها بالعقد ، وفسخه يدل على أنه لم يملكها بالعقد ، وهذا يدل على الذى يقول فيه : إن الملك موقوف فإذا أخذ ذلك بالشفعة بعد الافتراق عن تراض بحكم أو بغير حكم فهل ثبت له بعد الأخذ خيار المجلس أم لا ؟ على وجهين لأصحابنا .

(أحدهما) أن له خيار المجلس لأنه يملك بمعاوضة كالبيع .

(والوجه الثانى) وهو أصح : أنه لا خيار له لأن الشفعة موضوعة لرفع الضرر بها كالرد بالعيب الذى لا يملك فيه بعد الرد خياراً وليس كالبيع الموضوع للمعاينة وطلب الأرباح وأما خيار الشرط فله ثلاثة أحوال :

(الأول) أن يكون خيار الثلاث مشروطاً للبائع والمشترى .

(الثانى) أن يكون مشروطا للبائع دون المشترى .

(الثالث) أن يكون مشروطا للمشترى دون البائع ، فإن كان الخيار مشروطا للبائع والمشترى أو للبائع دون المشترى فلا حق للشفيع فى أخذه بالشفعة ما لم تنقض مدة الخيار كما ذكرنا فى خيار المجلس ، فإذا تم البيع

بينهما بانقضاء مدة الخيار استحق الشفيع حينئذ الأخذ بالشفعة ، وبماذا يصير مالكا لها ؟ على ما مضى من الأقوال الثلاثة ، وإن كان الخيار مشروطا للمشترى دون البائع فقد روى المزنى هاهنا أن الشفيع أخذه بالشفعة ؛ ورواه الربيع أيضا ، قال الربيع : وفيه قول آخر أنه لا حق للشفيع فى أخذه إلا بعد نقص مدة الخيار ، فإن قيل : إنه لا ينتقل إلا بالعقد وانقضاء مدة الخيار ، لأن الشفيع يملك عن المشترى امتنع أن يملك ما لم يملكه المشترى ، وإن قيل : إن الملك قد انتقل بنفس العقد ففيه قولان .

١ ـ أن فيه الشفعة لأن علقة البائع عنه منقطعة وخيار المشترى فيه كخياره فى الرد بالعيب وهو لا يمنع الشفيع من الأخذ وهى رواية المزنى .

٢ ـ أنه لا شفعة فيه إلا بانقضاء مدة الخيار لأن المشترى لم يرض بدخوله فى عهدة العقد فخالف خيار العيب الموضوع لاستدراك الغبن الذى قد يحصل له من جهة الشفيع ، وهى رواية الربيع .

وأما خيار الرؤية فهو حال غياب العين المبيعة . وفى صحة البيع به قولان : ويتفرع عليهما خلاف فى صحة الشفعة ، وأما خيار العيب فإما أن يكون فى الشقص أو فى الثمن فالأول خياره للمشترى وللشفيع أن يأخذه منه بعيبه ويمنعه من رده ، لأن رد المشترى بالعيب لاستدراك الغبن وهو يستدرك من الشفيع للحصول على الثمن الذى دفعه ، فلو صالح المشترى البائع على أرشه كان للشفيع أخذه بالباقى بعد إسقاط الأرش ، إن قيل بجواز أخذ الأرش صلحا مع بقاء العين فى أحد الوجهين ، وإن قيل : لا يجوز أخذه الشفيع بجميع الثمن ، وأما العيب فى الثمن ففى آخر الباب والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل وان مات الشفيع قبل العفو والأخذ انتقل حقه من الشفعة الى ورثته لأنه قبض استحقه بعقد البيع فانتقل الى الورثة كقبض المشترى فى البيع ولأنه خيار ثابت لدفع الضرر عن المال فورث كالرد بالعيب وان كان له وارثان فعفا أحدهما عن حقه سقط حقه وهل يسقط حق الآخر ؟ فيه وجهان :

(احدهما) يسقط لأنها شفعة واحدة ، فاذا عفا عن بعضها سقط الباقي كالشفيع اذا عفا عن بعض الشقص .

(والثاني) لا يسقط لانه عفا عن حقه فلم يسقط حق غيره كما لو عفـا احد الشفيعين .

فصـــل اذا اختلف الشريكان في الدار فادعى احدهما على الآخر أنه ابتاع نصيبه فله اخذه بالشفعة ، وقال الآخر : بل ورثته أو اوهبته فلا شفعة لك ، فالقول قول المدعى عليه مع يمينه ، لأنه يدعى عليه استحقاق ملكه بالشـفعة ، فكان القول قوله كما لو ادعى عليه نصيبه من غير شفعة ، فان نكل عن اليمين حلف المدعى واخذ بالشفعة ، وفي الثمن ثلاثة أوجه :

(احدها) انه يقال للمدعى عليه : قد أقر لك بالثمن وهو مصدق في ذلك ، فاما أن تاخذه أو تبرئه من الثمن الذى لك عليه كما قلنا في المكاتب اذا حمل نجما الى المولى فادعى المولى انه مغصوب .

(والثاني) انه يترك الثمن في يد المدعى لانه قد اقر لمن لا يدعيه فاقـر في يده كما لو اقر بدار لرجل وكذبه المقر له .

(والثالث) ياخذه الحاكم ويحفظه الى أن يدعيه صاحبه لأنهما اتفقا على انهما لا يستحقان ذلك .

فصـــل وان ادعى كل واحد منهما على شريكه انه ابتاع حصته بعده ، وانه يستحق عليه ذلك بالشفعة ، فالقول قول كل واحد منهما ، لما ذكرناه ، فان سبق احدهما فادعى وحلف المدعى عليه استقر ملكه ، ثم يدعى الحالف على الآخر فان حلف استقر ايضاً ملكه ، وان نكل الأول ردت اليمين على المدعى فاذا حلف استحق ، وان اراد الناكل أن يدعى على الآخر بعد ذلك لم تسمع دعواه ، لانه لم يبق له ملك يستحق به الشفعة) .

الشرح الأحكام : سبق الكلام في ميراث الشفعة في فصل مضى ، فإذا صح ما ذكرنا لم يخل أن يكون موت الشفيع قبل البيـع أو بعده ، فإن كان موته قبل البيع فالشفعة إنمـا حدثت على ملك الورثة ، ولم يكن للموروث فيها حق لتقدم موته على البيع ، ثم يكون بين جميـع من ملك ميراث الحصة ، وفيها قولان :

(أحدهما) أنها بينهم على عدد رءوسهم ، الزوجة والابن فيها سـواء على ما حكاه المزني عن الشافعي .

(والثانى) أنها مقسطة بينهم على قدر مواريثهم للزوجة الثمن وللابن الباقى وعلى هذا لو عفا أحد الورثة لم يسقط حق من له يعف ، وكان لمن بقى من الورثة ــ ولو كان واحداً أن يأخذ جميع الشفعة كالشراء ، فإذا عفا بعضهم عاد حقه إلى من بقى ، وإن مات الشفيع بعد البيع فقد ملك الشفعة بالبيع وانتقلت عنه بالموت إلى ورثته ، ويستوى فيها الوارث بنسب وسبب ، وهى بينهم على قدر مواريثهم للزوجة الثمن والباقى للابن قولا واحداً ، لأنهم إنما يأخذونها عن ميتهم فكانت بينهم على قدر مواريثهم ، ويكون تأويله ما نقله المزنى عن الشافعى أن امرأته وابنه فى ذلك سواء ، يعنى فى استحقاقهما لجميع الورثة ، لا يختص بها بعضهم دون بعض ، قال الماوردى: كان بعض أصحابنا يغلط فيخرج ذلك على قولين ويجعل ما نقله المزنى أحد القولين .

فعلى هذا لو أن أحد الورثة حضر مطالباً قضى له بجميع الشفعة .

(والقول الثانى) وهو أصح أنه لا يرجع على من بقى . لأن جميعهم شفيع واحد . وليسوا كالشركاء الذين كل واحد منهم شفيع مستقل ، فعلى هذا لو حضر أحد الورثة مطالباً لم يقض له بشىء حتى يجتمعوا ، فإن عفا أحدهم عن حقه فهل تبطل بحقه شفعة من بقى ؟ على وجهين :

(أحدهما) وهو قول أبى على ابن أبى هريرة : أنها قد بطلت وسقط حق من لم يعف لأنها شفعة واحدة عفا عن بعضها فصار كالشفيع إذا عفا عن بعض شفعته سقط جميعها .

(والثانى) وبه قال أبو حامد الاسفرايينى : إن من لم يعف على شفعته يأخذ منها بقدر ميراثه ولا يكون عفو غيره مبطلا لحقه بخلاف الواحد إذا عفا عن بعض شفعته ، لأن الواحد قد كان له أخذ جميعها فجاز أن يسقط بعفوه عن البعض جميعها ، وليس كذلك أحد الورثة لأنه لا يملك منها إلا قدر حقه فلم يبطل بالعفو عن غير حقه ، ولأن العافى عن البعض مختار للعفو فجاز أن يسرى عفوه فى جميع حقه ، وليس الباقى من الورثة مختاراً للعفو فلم يسر عفو غيره فى حقه .

فــرع إذا ادعى على شريكه : أنك اشتريت نصيبك مـن عمرو فلى شفعته فصدقه عمرو فأنكر الشريك وقال : بل ورثته مـن أبى فأقام المدعى بينة أنه كان ملك عمرو لم تثبت الشفعة بذلك ، وقال محمد بن الحسن: تثبت . ويقال له : إما أن تدفعه وتأخـذ الثمن وإما أن ترده إلى البـائع فيأخذ الشفيع منهما لأنهما شهدا بالملك لعمرو فكأنهما شهدا بالبيع .

فإذا ادعى الشفيع على بعض الشركاء أنك اشتريت نصيبك فلى أخذه بالشفعة فإنه يحتاج إلى تحرير دعواه فيحدد المكان الذى فيـه الشقص ؛ ويذكر قدر الشقص والثمن ويدعى الشفعة فيه ، فإذا فعل ذلك سئل المدعى عليه ، فإن أقر لزمه . وإن أنكر وقال : إنما اتهبته أو ورثته فلا شفعة لك فيه فالقول قول من ينفيه ، كما لو ادعى عليه نصيبه من غير شفعة ، فإن حلف برىء وإن نكل قضى عليه . وإن قال : لا تستحق على الشفعة ، فالقول قوله مع يمينه ، ويكون يمينه على حسب قوله فى الانكـار . وإذا نكل وقضى عليه بالشفعة عرض عليه الثمن فإن أخذه دفع إليـه ، وإن قال لا أستحقه ففيه ثلاثة أوجه :

(الأول) يقر فى يد الشفيع إلى أن يدعيه المشترى فيدفع إليـه ، كما لو أقر له بدار فأنكرها .

(الثانى) أن يأخذه الحاكم فيحفظه لصاحبه إلى أن يدعيه المشترى ، ومتى ادعاه دفع إليـه .

(الثالث) يقال له : إما أن تقبضه وإما أن تبرىء منه كسيد المكاتب إذا جاءه المكاتب بمال المكاتبة فادعى أنه حرام ، اختار هذا القاضى ، وهذا مفارق للمكاتب لأن سيده يطالبه بالوفاء من غير هذا الذى أتاه به فلا يلزمه ذلك بمجرد دعوى السيد تحريم ما أتاه به ، وهذا لا يطالب الشفيع بشىء ، فلا ينبغى أن يكلف إبراءه مما لا يدعيه . والوجه الأول أولى وبهذا قال الحنابلة .

فــرع إذا كانت دار بين رجلين ، فادعى كل واحـد منهما على صاحبه أنه يستحق ما فى يديه بالشفعة سألناهما متى ملكتماها ؟ فإن قالا :

ملكناها دفعة واحدة ، فلا شفعة لأحدهما على الآخر ، لأن الشفعة إنما تثبت بملك سابق فى ملك متجدد بعد .

وإن قال كل واحد منهما ملكى سابق ولأحدهما بينة بما ادعاه قضى له ، وإن كان لكل واحد منهما بينة قدمنا أسبقهما تاريخا ، وإن جدت بينة كل واحد منهما بسبق ملكه وتجدد ملك صاحبه تعارضتا ، وإن لم تكن لواحد منهما بينة نظرنا إلى السابق بالدعوى فقدمنا دعواه وسألنا خصمه ، فإن أنكر فالقول قوله مع يمينه لأنه منكر ، فإن حلف سقطت دعوى الأول ثم نسمع دعوى الثانى على الأول فإن أنكر وحلف سقطت دعواهما جميعاً وأن ادعى الأول فنكل الثانى عن اليمين قضينا عليه ولم تسمع دعواه ، لأن خصمه قد استحق ملكه ، وإن حلف الثانى ونكل الأول قضينا عليه

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) وان اختلفا فى الثمن فقال المشترى الثمن الف وقال الشفيع هو خمسمائة فالقول قول المشترى مع يمينه لانه هو العاقد فكان اعرف بالثمن ولانه مالك للشقص فلا ينزع منه بالدعوى من غير بينة .

(فصل) وان ادعى الشفيع أن الثمن الف ، وقال المشترى لا اعلم قدره فالقول قول المشترى ، لأن ما يدعيه ممكن ، فانه يجوز ان يكون قد اشترى بثمن جزاف ، ويجوز أن يكون قد علم الثمن ثم نسى ، فاذا حلف لم يستحق الشفعة لانه لا يستحق من غير بدل ولا يمكن أن يدفع اليه مالا يدعيه .

وقال ابن عباس : يقال له اما ان تبين قدر الثمن او نجعلك ناكلا فيحلف الشفيع أن الثمن الف ويستحق ، كما نقول فيمن ادعى على رجل الفا فقال المدعى عليه : لا اعلم القدر ، والمذهب الأول ، لأن ما يدعيه ممكن ، فانه يجوز أن يكون قد اشتراه بثمن جزاف لا يعرف وزنه ، ويجوز أن يكون قد علم ثم نسى ، ويخالف اذا ادعى عليه ألفاً ، فقال : لا اعرف القدر ، لأن هناك لم يجب عن الدعوى . وههنا اجابعن استحقاق الشفعة ، وانما ادعى الجهل بالثمن .

فصل وان قال المشترى : الثمن الف . وقال الشفيع لا اعلم هل هو الف أو اقل ، فهل له ان يحلف المشترى ؟ فيه وجهان :

(أحدهما) ليس له ان يحلفه حتى يعلم ، لأن اليمين لا يجب بالشك .

(والثانى) له أن يحلفه لأن المال لا يملك بمجرد الدعوى ، وان قال المشترى الثمن الف ، وقال الشفيع : لا اعلم كم هو ؟ ولكنه دون الألف ، فالقول قول المشترى ، فان نكل لم يحلف الشفيع حتى يعلم قدر الثمن ، لأنه لا يجوز ان يحلف على ما لم يعلم .

فصــــل وان اشترى الشقص بعرض وتلف العرض واختلفا فى قيمته ، فالقول قول المشترى ، لأن الشقص ملك له فلا ينتزع بقول المدعى .

فصــــل وان اقر المشترى انه اشترى الشقص بالف واخذ الشفيع بالف ثم ادعى البائع ان الثمن كان الفين وصدقه المشترى لم يلزم الشفيع اكثر من الألف ، لأن المشترى اقر بانه يستحق الشفعة بالف فلا يقبل رجوعه فى حقه فان كذبه المشترى فاقام عليه بينة ان الثمن الفان لزم المشترى الالفان ، ولا يرجع على الشفيع بما زاد على الألف ، لأنه كذب البينة باقراره السابق) .

الشرح قال الشافعى : وإن اختلف فى الثمن فالقول قول المشترى مع يمينه ، وهذا كما قال : إذا اختلف الشفيع والمشترى فى قدر الثمن فادعى المشترى أن الثمن ألف وقال الشفيع : خمسمائة ولا بينة لواحد منهما فالقول قول المشترى مع يمينه لأمرين :

(أحدهما) أنه مباشر للعقد فكان أعلم به من غيره .

(والثانى) أنه مالك للشــقص فلم ينتزع منــه الا بقــوله ، فإن حلف المشترى على ما ادعاه من الثمن أخذه الشفيع به ، وإن نكل المشترى ردت اليمين على الشفيع ، فإن حلف أخذه بما قال .

فإن قيل : لماذا تحالفا عليه كما يتحالف المتبايعان ؟ قيل لأن كل واحــد من المتبايعين مدع ومدعى عليه فتحالفا لاستوائهما فى الشقص . والشفيع وحده منفرد بالدعوى أنه مالك للشقص بما ادعى ، فكان القــول قــول المشترى لتفرده بالانكار ، فلو أقام أحدهما بينة بما ذكره من الثمن حكم بها ، والبينة شاهدان أو شاهد وامرأتان أو شاهد ويمين ، فإن أقامها المشترى استفاد بها سقوط اليمين ، فلو شهد له البائع بما ادعاه من الثمن ردت شهادته لأنه شاهد بالزيادة لنفسه ، ولو أقام الشفيع البينة استفاد بها الحكم لقول الشافعى : فإن شهد له البائع بما ادعى من الثمن ردت شهادته لأنه متهــوم

في شهادته بنقص الثمن عند الرجوع عليه بالدرك مع أنه عاقد في الحالين فلم تقبل شهادته فيما تولى عقده .

فلو أقام كل واحد منهما بينة على ما ادعاه من الثمن ، فعند أبي حنيفة ومحمد بن الحسن أن بينة الشفيع أولى للاتفاق عليها ، وعند أبي يوسف أن بينة المشتري أولى ، لأن فيها زيادة علم ، ويخرج في مذهب الشافعي على قولين من تعارض البينتين .

١ ــ اسقاطهما بالتعارض ، ويكون القول قول المشتري مع يمينه .

٢ ــ الإقراع بينهما فمن قرعت بينته كان أولى ، وهل يحلف معهما أم لا ؟ على قولين من اختلاف قولين في القرعة هل جاءت مرجحة للدعوى أو مرجحة للبينة ؟

فعلى هذا لو أخذه الشفيع بالألف عند يمين المشتري ثم قامت البينة أن الثمن خمسمائة رجع الشفيع بخمسمائة ولا خيار للشفيع ، لأنه لما رضي الشقص بالألف كان له بخمسمائة أرضى ولو أخذه الشفيع بخمسمائة بيمينه ثم قامت البينة أن الثمن ألف كان الشفيع مخيراً بين أن يأخذه بالألف أو يرده .

ولو ادعى المشتري أن الثمن سيارة قيمتها ألف فأخذه الشفيع بها ثم ظهر أن الثمن (ريكوردر) المسجل للصوت ، فإن كانت قيمته ألفاً لم يتراجعا بشيء ، لأن المستحق فيه القيمة وهما بسواء ، وإن كانت قيمة المسجل أكثر لم يرجع المشتري بالزيادة لأنه مقر باستيفاء حقه . وإن كانت قيمة المسجل أقل رجع الشفيع بنقصها على المشتري ولا خيار له .

فلو قال المشتري إن الثمن ألف وقال الشفيع لست أعلم قدر الثمن مع علمي بنقصه عن الألف فله إحلاف المشتري ، فإن رد اليمين عليه لم يكن له أن يحلف حتى يعلم قدر الثمن ، ولو لم يعلم الشفيع هل الثمن ألف أو أقل فهل يستحق إحلاف المشتري أم لا ؟ على وجهين :

١ ــ لا يستحق إحلافه حتى يعلم خلاف قـوله ، لأن اليمين لا يجب بالشك .

٢ ــ يستحق إحلافه ما لم يصدقه لأن المال لا يملك بمجرد القول .

فــرع ولو قال المشترى : لا أعلم قدر الثمن لنسيان حدث ، قيل للشفيع : أتعلم قدره أم لا ؟ فإن قال لا أعلم قدره فلا شفعة له . وله إحلاف المشترى أنه لا يعلم قدرالثمن ، وإنما يطلب لأنها تستحق بالثمن فكان جهلها به مانعاً من استحقاقها بمجهول .

فإن قال الشفيع : أنا أعلم قدر الثمـن وهو خمســمائة درهم . وقال المشترى : قد نسيت قدر الثمن ؛ قيل للمشترى : أفتصدق الشـفيع على ما ذكر من الثمن فإن قال : نعم ؛ أخذ الشفيع الشقص بخمسمائة من غـير يمين . وإن أكذبه قال الشافعى : حلف المشترى بالله ما يعـلم قـدر الثمن ولا شفعته .

واختلف أصحابنا فى ذلك . فـكان أبو حامـد المروروذى وأبو حامد الاسفراينى يجعلان هذا القول مذهبا له فى هذه المسألة ، ويبطلان بيمين المشترى الشفعة تعليلا بأن الثمن موقوف على عاقده وقد جهل الثمن بنسيانه فبطلت الشفعة به .

وكان أبو العباس بن سريج وأبو على بن أبى هريرة يجعلان هذا الجواب مصروفا إلى المسألة الأولى عند نسيان المشترى وجهل الشفيع دون المشترى ، ويحكم له بالشفعة ، وهذا هو الصحيح لأن نسيان المشترى كالنكول فوجب رد اليمين على الشفيع .

قال الشافعى : وسواء فى ذلك قديم الشراء وحديثه ، وهذا إنما أراد به ما ادعى ، فإنه قال : إن ادعى المشترى نسيان الثمن والشراء حديثـاً حلف الشفيع وحكم له بالشفعة ، وإن كان الشراء قديماً حلف المشـترى وبطلت الشفعة ورفض الماوردى هذا الفرق وقال : هذا قول مرذول وفرق معلول . فأما إن اختلف البائع والمشترى فى الثمن فقال البائع : بعتـه بألف ، وقال

المشترى : اشتريته بخمسمائة فإنهما يتحالفان ، فإذا حلفا ففى بطلان البيع بتحالفهما وجهان ذكرا فى البيوع .

(أحدهما) أنه قد بطل فعلى هذا يعود الشقص إلى البائع ولا شفعة فيه .

(والثانى) أن البيع لا يبطل إلا بالفسخ ، فعلى هذا لا يخلو حال الثمن من أحد أمرين إما أن يكون معينا أو غير معين ، فإن كان الثمن معينا كقول البائع بعتك شقصى بهذه السيارة فيقول المشترى : اشتريته بهذا (الريكوردر) المسجل فإذا تحالفا وامتنع المشترى أن يأخذه بالسيارة التى ادعاها البائع ثمنا لم يعرض على الشفيع لأن عين هذه السيارة لا تحصل للبائع من جهة الشفيع ، وفسخ الحاكم البيع بينهما وأبطل الشفعة فيه ؛ وإن كان الثمن غير معين كقول البائع بعتك الشقص بألف فيقول المشترى بخمسمائة ، عرض الشقص على المشترى والشفيع بالألف ليأخذاه أو يرداه لأنه قد يحصل للبائع ما ادعاه من القدر من الشفيع والمشترى ، فلذلك عرض عليهما ؛ وإذا كان كذلك فللشفيع والمشترى أربعة أحوال .

(أحدها) أن يرضيا جميعاً به فيلزم المشترى الألف وللشفيع أن يأخذ منه الشقص بالألف .

(ثانيها) أن يرداه جميعاً بالألف فيفسخ البيع وتبطل الشفعة .

(ثالثها) أن يرضاه المشترى بالألف ويرده الشفيع بها فيلزم البيع للمشترى بالألف وتبطل شفعة الشفيع .

(رابعها) أن يرضى به الشفيع بالألف ويرده المشترى فيكون رد المشترى باطلا لما فيه من إسقاط حق الشفيع ، ويصير البيع لازماً للمشترى ليتوصل به الشفيع إلى حقه من الشفعة ويأخذ الشقص فيه بالألف ، فلو رده الشفيع بعيب رده على المشترى ورجع عليه بالثمن لأن عهدته عليه ، وللمشترى حينئذ أن يفسخ البيع فيه والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل فان كان بين رجلين دار وغاب احدهما وترك نصيبه فى يد رجل فادعى الشريك على من فى يده نصيب الغائب انه اشتراه منه ، وانه استحق اخذه بالشفعة ، فاقر به ، فهل يلزمه تسليمه اليه بالشفعة ؟ فيه وجهان :

(احدهما) لا يسلمه ، لانه اقر بالملك للغائب ، ثم ادعى انتقاله بالشراء ، فلم يقبل قوله .

(والثانى) يسلم اليه لانه فى يده فقبل قوله فيه .

فصـــل وان اقر احد الشريكين فى الدار انه باع نصيبه من رجل ولم يقبض الثمن وصدقه الشريك وانكر الرجل ، فقد اختلف اصحابنا فيه ، فمنهم من قال لا تثبت الشفعة للشريك ، لان الشفعة تثبت بالشراء ولم يثبت الشراء فلم تثبت الشفعة للشريك ، وذهب عامة اصحابنا الى انه تثبت الشفعة ، وهو جواب المزنى فيما اجاب فيه على قول الشافعى رحمه الله ، لانه اقر للشفيع بالشفعة ، وللمشترى بالملك ، فاذا اسقط احدهما حقه لم يسقط حق الآخر كما لو اقر لرجلين بحق فكذبه احدهما وصدقه الآخر ، وهل يجوز للبائع ان يخاصم المشترى ؟ فيه وجهان .

(احدهما) ليس له ذلك لانه يصل الى الثمن من جهة الشفيع فلا حاجة به الى خصومة المشترى .

(والثانى) له ان يخاصمه لانه قد يكون المشترى اسهل فى المعاملة من الشفيع ، فان قلنا : لا يخاصم المشترى اخذ الشفيع الشـــقص من البائع وعهدته عليه لانه منه اخذ ، واليه دفع الثمن .

وان قلنا : يخاصمه . فان حلف اخذ الشفيع الشقص من البائع ورجع بالعهدة عليه ، وان نكل فحلف البائع سلم الشقص الى المشترى واخذ الشفيع الشقص من المشترى ، ورجع بالعهدة عليه لانه منه اخذ ، واليه دفع الثمن ، وان اقر البائع بالبيع وقبض الثمن وانكر المشترى ، فمن قال : لا شفعة اذا لم يقر بقبض الثمن لم تثبت الشفعة اذا اقر بقبضه ، ومن قال : تثبت الشفعة اذا لم يقر بقبض الثمن اختلفوا اذا اقر بقبضه ، فمنهم من قال : لا تثبت لانه ياخذ الشقص من غير عوض ، وهذا لا يجوز ، ومنهم من قال تثبت ، لان البائع اقر له بحق الشفعة وفى الثمن الاوجه الثلاثة التى ذكرناها ، فيمن ادعى الشفعة على شريكه وحلف بعد نكول الشريك ، والله اعلم) .

الشرح قال الشافعى : وعهدة المشترى على البائع وعهدة الشفيع

على المشترى ، قال الماوردى فى الحاوى : أما العهدة فمشتقة من العهد لما فيه من الوفاء بموجبه قال تعالى « وأوفوا بعهد الله إذا عاهدتم » وقال الفيومى فى المصباح : العهد الوصية يقال : عهد إليه يعهد من باب تعب إذا أوصاه وعهدت إليه بالأمر قدمته وفى التنزيل « ألم أعهد إليكم يا بنى آدم ألا تعبدوا الشيطان » والعهد الأمان والموثق والذمة ، ومنه قيل للحربى يدخل بالأمان ذو عهد ، ومعاهد أيضاً بالبناء للفاعل والمفعول ، لأن الفعل من اثنين فكل واحد يفعل بصاحبه مثل ما يفعل صاحبه ــ إلى أن قال ــ وقولهم : عهدته عليه من ذلك لأن المشترى يرجع على البائع بما يدركه وتسمى وثيقة المتبايعين عهدة لأنه يرجع إليها عند الالتباس ا هـ .

ونعود إلى قول الشافعى فنقول : لقد سمى ضمان الدرك عهدة ثم سمى كتاب الشراء (الفاتورة) عهدة ، واختلف الفقهاء فى عهدة الشفيع هل تجب على البائع أو على المشترى ؟ فذهب الشافعى إلى أن عهدة الشفيع على المشترى وعهدة المشترى على البائع .

وقال ابن أبى ليلى : عهدة الشفيع على البائع ، وقال أبو حنيفة : إن كان الشفيع قد قبضه من المشترى فعهدته على المشترى ، وإن كان قد قبضه من البائع فسخ عقد المشترى وكانت عهدته على البائع .

فأما ابن أبى ليلى فاستدل بأن البائع أصل والمشترى فرع ، فكان الرجوع على البائع أولى من المشترى ، لأنه لا اعتبار بالفرع مع وجود الأصل . قال : ولأن المشترى يحل محل الوكيل للشفيع لدخوله على علم بانتقال الشراء إلى الشفيع ، ثم ثبت فى شراء الوكيل أن العهدة على البائع دون الوكيل ، كذلك فى استحقاق الشفيع .

وأما أبو حنيفة فاستدل على أن للشفيع له أن يفسخ عقد المشترى بأنه لما استحق إزالة ملكه عنه استحق فسخ عقده لأن ثبوت العقد لاستيفاء الملك ودليلنا هو أن الشفيع يملك الشقص عن المشترى . بدليل أنه لو تركه لكان مقراً على ملك المشترى ، ولو حدث منه نماء لكان للمشترى ، فوجب أن

تكون العهدة عليه كما كانت على البائع للمشترى ، وتحريره قياساً أن انتقال الملك بالعوض ممن يظاهر بملك المعوض يوجب أخذه بالعهدة كالبيع ، ولأن الرجوع بالثمن قد يستحق فى الرد بالعيب كما يستحق فى الاستحقاق بالشفعة فلما كان الرجوع به فى الرد بالعيب مستحقاً على المشترى دون البائع وجب أن يكون الرجوع به فى الاستحقاق بالشفعة مستحقاً على المشترى دون البائع وقد يتحرر من اعتلال هذا الاستدلال قياسان :

(أحدهما) أن أحد نوعيه ما يوجب الرجوع بالثمن فوجب أن يستحقه الشفيع على المشترى دون البائع قياساً على الرد بالعيب .

(والثانى) أن من استحق عليه الثمن فى الرد بالعيب لم يستحق عليه الثمن فى الاستحقاق وبالغصب قياسا على المشترى لو كان بائعا .

(فأما الجواب) عن استدلال ابن أبى ليلى بأن البائع أصل والمشترى فرع فمنتقص بالمشترى لو باع على الشفيع ، ثم نقول : إن المشترى وإن كان فرعا للبائع فإنه أصل للشفيع

(وأما الجواب) عن استدلاله بالوكيل فهو امتناع الجمع بينهما من وجهين .

(أحدهما) أن الشفيع لما كان مخيراً بين أخذه من المشترى وبين تركه عليه صار مالكا عنه لا عن البائع ، ولما لم يكن للموكل خيار فى أخذه من الوكيل وتركه عليه صار مالكا عن البائع دون الوكيل .

(الثانى) أنه لما استحق الشفيع الرد بالعيب على المشترى دون البائع صار مالكا عنه لا عن البائع ولما استحق الموكل الرد بالعيب على البائع دون الوكيل صار مالكا عنه لا عن الوكيل .

(وأما الجواب) عن استدلال أبى حنيفة بأنه لما ملك إزالة ملكه رفع عقده فمن وجهين :

(أحدهما) أنه قد يملك إزالة ملكه بعد القبض ولا يملك رفع عقده فكذلك قبل القبض .

(الثانى) أنه بالعقد ملك الشفعة ، و فى رفعه إبطال الشفعة .

فـــرع فأما قبض الشفيع الشقص من البائع قبل قبض المشترى له أو من ينوب عنه ففيه وجهان حكاهما ابن سريج (أحدهما) ليس له ذلك لأنه يحل محل المشترى فى الأخذ بالثمن ، ولا يجوز شراء ما لم يقبض ، فكذلك لا يجوز أخذ شفعة ما لم يقبض ، فعلى هذا يأخذ الحاكم المشترى بالقبض ، فإذا صار بيده انتزعه الشفيع منه فإن كان المشترى غائبـاً وكل الحاكم عنه من يقبض له ثم حكم للشفيع بأخذه منه .

(والثانى) وهو اختيار ابن سريج أن للشفيع أخذه من البائع قبل قبض المشترى ، لأن الشفيع يأخذه جبراً بحق ، وإن كره المشترى فجاز ، وإن كان قبل قبضه ، كما يجوز الفسخ والإقالة قبل القبض ويبرأ البائع من ضـمانها بقبض الشفيع لأنه يأخذها بحق توجه على المشـترى ؛ وبالوجه الأول قال أبو إسحاق المروزى .

فـــرع قال المزنى : ولو أن البائع قال : قد بعت من فلان شقصاً بألف درهم وأنه قبض الشقص وأنكر ذلك فلان وادعاه الشفيع ، فإن الشفيع يدفع الألف إلى البائع ويأخذ الشقص وصورتها فى رجل ادعى بيع شقصه على رجل فأنكر المشترى الشراء وحضر الشفيع مصـدقا للبائع ومطالبـا بالشفعة ، فهذا على ضربين .

(أحدهما) أن يكون البائع مدعيا بقاء الثمن على المشترى .

(ثانيهما) أن يكون مقراً بقبضه ، فإن كان مع ادعاء البيع مدعيا بقـاء الثمن حكم عليه للشفيع بالشفعة لأنه مدع على المشترى ومقر للشفيع فيحكم عليه باقراره وإن ردت دعواه وفى منعه من محاكمة المشترى وإحـلافه على الإنكار وجهان :

(أحدهما) أن يكون البائع مدعيا بقاء الثمن على المشترى .

(الثانى) أن يكون مقراً بقبضه ، فإن كان مع ادعاء البيع مدعيا بقاء الثمن حكم عليه للشفيع بالشفعة لأنه مدع على المشترى ومقر للشفيع فيحكم عليه بإقراره وان ردت دعواه . وفى منعه من محاكمة المشترى وإحلافه على الإنكار وجهان :

(أحدهما) قول أبى على بن أبى هريرة : ليس له إحلافه ، لأن قصده حصول الثمن وقد حصل له ، وسواء حصل له من مشتر أو شفيع ، ولأنه لا يؤمن إن أحلف أن يحكم بفسخ البيع ، وفيه إبطال لحق الشفيع .

(ثانيهما) له إحلافه لاستحقاق اليمين عليه بانكاره ، لما فيه من البغية لوصول الملك إلى مستحقه ، ولا يبطل ليمينه حق الشفيع ؛ فإذا قضى للشفيع بالشفعة لزمه دفع الثمن إلى البائع وتكون عهدة الشفيع هنا على البائع دون المشترى ، لأنه لما لم يلزمه الشراء مع إنكاره لم تلزمه عهدته . هذا ولم يتسع المقام لاستقصاء فروع الشفعة وجميع الأوجه وأحكامها ، وسأفرد ما قيدته فيها فى كتاب مستقل إن شاء الله تعالى . والله أعلم بالصواب .

* * *

قال المصنف رحمه الله تعالى

كتـــاب القـــراض

القراض جائز لما روى زيد بن أسلم عن ابيه « ان عبد الله وعبيد الله ابنى عمر بن الخطاب رضى الله عنهم خرجا فى جيش الى العراق فلما قفلا مرا على عامل لعمر بن الخطاب رضى الله عنه فرحب بهما وسهل وقال : لو اقدر لكما على امر انفعكما به لفعلت ، ثم قال : بلى ههنا مال من مال الله اريد ان ابعث به الى امير المؤمنين فاسلفكما فتبتاعان به متاعا من متاع العراق ، ثم تبيعانه فى المدينة ، وتوفران راس المال الى امير المؤمنين ، ويكون لكما ربحه ، فقالا : وددنا ، ففعل فكتب الى عمر ان ياخذ منهما المال ، فلما قدما وباعا وربحا فقال عمر : اكل الجيش قد اسلف كما اسلفكما ؟ فقالا : لا ، فقال عمر : ابنا امير المؤمنين فاسلفكما . اديا المال وربحه فاما عبد الله فسكت ، واما عبيد الله فقال : يا امير المؤمنين لو هلك المال ضمناه فقال : أدياه ، فسكت عبد الله ، وراجعه عبيد الله فقال رجل من جلساء عمر : يا امير المؤمنين لو جعلته قراضا، فاخذ راس المال ونصف ربحه . واخذ عبد الله وعبيد الله نصف ربح المال » ولان الاثمان لا يتوصل الى نمائها المقصود الا بالعمل ، فجاز المعاملة عليها ببعض النماء الخارج منها كالنخل فى المساقاة .

(فصـــل) وينعقد بلفظ القراض لانه لفظ موضوع له فى لغة اهـــل الحجاز ، وبلفظ المضاربة لانه موضوع له فى لغة اهل العراق ، وبما يؤدى معناه لان المقصود هو المعنى ، فجاز بما يدل عليه كالبيع بلفظ التمليك .

(فصـــل) ولا يصح الا على الاثمـــان وهى الدراهم والدنانير ، فاما ماسواهما من العروض والنقار والسبائك والفلوس ، فلا يصح القراض عليها لان المقصود بالقراض رد راس المال والاشتراك فى الربح ، ومتى عقد على غير الاثمان لم يحصل المقصود ، لانه ربما زادت قيمته فيحتاج ان يصرف العامل جميع ما اكتسبه فى رد مثله ، ان كان له مثل ، وفى رد قيمته ان لم يكن له مثل . وفى هذا اضرار بالعامل ، وربما نقصت قيمته فيصرف جزءاً يسيراً من الكسب فى رد مثله أو رد قيمته ، ثم يشارك رب المال فى الباقى ، وفى هذا اضرار برب المال ، لان العامل يشاركه فى اكثر راس المال . وهذا لا يوجد فى الاثمان لانهـا لا تقوم بغيرها ، ولا يجوز على المغشوش من الاثمان لانه تزيد قيمته وتنقص كالعروض .

(فصــل) ولا يجوز الا على مال معلوم الصفة والقدر ، فان قارضه على دراهم جزاف لم يصح ، لأن مقتضى القراض رد راس المال ، وهذا لا يمكن فيما لا يعرف صفته وقدره ، فان دفع اليه كيسين فى كل واحد منهما الف درهم ، فقال : قارضتك على احدهما واودعتك الآخر ففيه وجهان :

(احدهما) يصح لانهما متساويان .

(والثانى) لا يصح ، لانه لم يبين مال القراض من مال الوديعة .

وان قارضه على الف درهم هى له عنده وديعة جاز ، لانه معلوم ، وان قارضه على الف درهم هى له عنده مغصوبة ففيه وجهان :

(احدهما) يصح كالوديعة .

(والثانى) لا يصح لانه مقبوض عنده قبض ضمان ؛ فلا يصير مقبوضــاً قبض امانة) .

الشرح قال العلامة شهاب الدين ابن حجر الهيثمى فى شرحه على المنهاج للشيخ الامام محيى الدين النووى رحمهما الله تعالى ورضى عنهما ونفعنا ببركاتهما :

القراض من القرض أى القطع ، لأن المالك قطع له قطعة من ماله ليتصرف فيها ، ومن الربح . والأصل فيه الاجمــاع ، وروى أبو نعيم وغــيره « أنه صلى الله عليه وسلم ضارب لخديجة أم المؤمنين رضى الله عنها ، قبــل أن يتزوجها بنحو شهرين وسنه إذا ذاك خمس وعشرون سنة بمالها إلى بُصْرى الشام وأنفذت معه عبدها ميسرة ، وهو قبل النبوة » فكان وجه الدليل فيه أنه صلى الله عليه وسلم حكاه مقرراً له بعدها ، وهو قياس المساقاة بجامع أن فى كل العمل فى شىء ببعض نمائه مع جهالة العوض ، ولذا اتحدا فى أكثر الأحكام ، وكان قضية ذلك تقديمها عليه ، وكان عكسهم لذلك إنما هو لأنه أشهر وأكثر وأيضاً فهى تشبه الاجارة أيضاً فى اللزوم والتأقيت ، فتوسطت بينهما إشعاراً بما فيها من الشبهين ، وهو رخصة لخروجه عن بيع ما لم يخلق

والقراض : وهو لغة أهل الحجاز ، والمضاربة وهو لغة أهل العراق ، لأن كلا يضرب بسهم من الربح ، ولأن فيه سفراً ، وهو يسمى ضرباً ، أى

موضوعهـا الشرعى هو العقد المشتمل على توكيل المالك الآخر ، وعلى أن يدفع إليه مالا ليتجر فيه ، والربح مشترك بينهما ، فخرج بيدفع مقارضته على دين عليه أو على غيره .

وقوله : بع هذا وقارضتك على ثمنه ، واشتر شبكة واصطد بها ، فلا يصح . نعم يصح البيع وله أجرة المثل ، وكذا العمل إن عمل ، والصيد فى الأخيرة للعامل وعليه أجرة الشبكة التى لم يملكها كالمغصوبة ، ويذكر الربح الوكيل والعبد المأذون .

وأركانه ستة : عاقدان وعمل وربح ومال وصيغة .

ويشترط لصحته كون المال دراهم أو دنانير باجماع الصحابة رضى الله عنهم ، ولأنه عقد غرر لعدم انضباط العمل ، والوثوق بالربح جوز للحاجة فاختص بما يروج غالباً ، وهو النقد المضروب لأنه ثمن الأشياء ، ويجوز عليه وان أبطله السلطان كما بحثه ابن الرفعة ، ونظر فيه الأذرعى إذا عز وجـوده أو خيف عزته عند المعاملة ، ويجاب بأن الغالب مع ذلك تيسر الاستبدال به ، فلا يجوز على تبر ، وهو ذهب أو فضة لم يضرب ، سـواء القراضة وغيرها وتسمية الفضة تبراً تغليب ، وحلى وسبائك لاختلاف قيمتها ، ومغشوش وإن راج ، وعلم قدر غشه ، واستهلك وجاز التعامل به . وقيل : يجوز عليه إن استهلك غشه . وجـزم به الجرجانى ، وقيـل : إن راج ، واقتضى كلامهما فى الشركة تصحيحه ، واختاره السبكى وغيره .

وعروض مثلية أو متقومة ، وكونه معلوماً قـدره وجنسه وصفته ، فلا يجوز على نقد مجهول القدر ، وإن أمكن علمـا حالا ولا على ألف ، ولو علم جنسه أو قدره أو صفته فى المجلس .

ولو قارضه على ألف من نقد كذا ثم عينها فى المجلس صح . فإن قلت : ظاهر قولهم عن الشرح الصغير وغيره : لو قارضه على دراهم غير معينة ثم عينها فى المجلس صح ، خلافاً للبغوى أنه لا يحتاج لقوله من نقد كذا . قلت :

بل لابد منه بدليل تعليلهم للصحة بالقياس على ما فى الصرف والسلم . والذى فيهما أن الألف معلومة القدر والصفة ولو قارضه على صرة معينة بالوصف غائبة عن المجلس صح على ما رجحه السبكى أنه يشترط هنا الرؤية لأنه توكيل ، وهو متجه . وإطلاق الماوردى منعه فى الغائب يحمل على غائب مجهول بعض صفاته على أن مما يضعفه أنه جعل ذلك علة للمنع فى الدين على العامل معيناً فيمتنع على منفعة ودين له فى ذمة الغير ، وعلى إحدى الصرتين .

نعم لو قارضه على ألف درهم مثلا فى ذمته ثم عينها فى المجلس وقبضها المالك جاز خلافاً لجمع كالصرف والسلم بخلاف ما فى ذمة الغير ، فانه لا يصح مطلقاً كما هو ظاهر كلامهم لأنه غير قادر عليه حالة العقد ، فوقعت الصيغة باطلة من أصلها ، ولم ينظر إلى تعيينه فى المجلس ، ولا ينافيه قول شيخنا : يصح القراض مع غير الوديع والغاصب بشرطه كما هو ظاهر ا هـ .لأن القدرة على العين أقوى منها على الدين .

ولو خلط ألفين له بألف لغيره ثم قال :قارضتك على أحدهما وشاركتك فى الآخر ، جاز . وإن لم تتعين ألف القراض ، وينفرد العامل بالتصرف فيه ويشتركان فى التصرف فى الباقى ولو قارضه على ألفين على أن له من أحدهما نصف الربح ومن الآخر ثلثه صح إن عين كلا منهما ، وإلا فلا . وفى الجواهر فى ذلك كلام كالمتناقض فليحمل على هذا التفصيل .

قيل هنا : لو أعطاه ألفاً وقال : اضم إليه ألفاً من عندك والربح بيننا سواء صح . وظاهره صحة ذلك قراضاً وليس مراداً ، بل إذا خلطه بألفه صار مشتركاً فيأتى فيه أحكام الشركة كما هو واضح ، وقيل : يجوز على إحدى الصرتين إن علم ما فيهما وتساويا جنساً وقدراً وصفة ، فيتصرف العامل فى أيهما شاء ، فيتعين للقراض ، والأصح المنع لعدم التعيين كالبيع .

نعم إن عين إحداهما فى المجلس صح بشرط علم عين ما فيها ، كما هو ظاهر ، ويفرق بين هذا وما مر فى العلم بنحو القدر فى المجلس ، بأن الابهام هنا أخف لتعيين الصرتين ، وإنما الإبهام فى المرادة منهما بخلافه فيما مر ،

وقضية ما ذكر فى تعيين إحدى الصرتين صحته فيما لو أعطاه ألفين وقال : قارضتك على أحدهما ثم عينه فى المجلس ، وهو ما اعتمده ابن المقرى فى بعض كتبه ، ومال شيخنا فى الروض إلى فساده ، قال : لفساد الصيغة ، ويرده ما فى نسخ شرح المنهج المعتمدة أنه لو علم فى المجلس عين إحدى الصرتين صح ، ولا فرق بين أحد الألفين وإحدى الصرتين ، فالأوجه ما قاله ابن المقرى وضبط بخطه الصرتين . وكونه مسلماً إلى العامل بحيث يستقل باليد عليه ، وليس المراد تسليمه حال العقد ولا فى المجلس ، بل أن لا يشترط عدم تسليمه كما أفاده قوله : (فلا يجوز كون المال فى يد المالك) ولا غيره لأنه قد لا يجده عند الحاجة . ويشترط أيضاً استقلال العامل بالتصرف ، فحينئذ لا يجوز شرط عمله ومثله غيره معه ، لأنه ينافى مقتضاه من استقلال العمل بالعمل .

وقال أبو منصور الأزهرى فى (الزاهر فى غريب ألفاظ الشافعى) :

القراض أن يدفع الرجل إلى الرجل عيناً أو ورقاً ويأذن له بأن يتجر فيه، على أن الربح بينهما على ما يتشارطانه . وأصل القراض مشتق من القرض : وهو القطع . وذلك أن صاحب المال قطع للعامل فيه قطعة من ماله ، وقطع له من الربح فيه شيئاً معلوماً . والقرض الذى يدفعه المقرض إلى الرجل الذى يستقرضه : مأخوذ من هذا ، لأن المقرض يجعله مقروضاً من ماله للمستقرض أى يجعله مقطوعاً لا يتعداه ، وقرض الفأرة قطعها الثوب وقد يوضع القرض موضع المعارضة والموازاة ، يقال : قارضت فلاناً وقرضته ، إذا سابيته وقطعت عرضه بالسب ، واقترضته كذلك ، ومنه قول النبى صلى الله عليه وسلم : « عباد الله إن الله رفع الحرج إلا من اقترض عرض امرىء مسلم ، فذلك الذى حرج » (رواه أبو داوود فى المناسك) يريد إلا من سب عرض امرىء مسلم ، وقطعه بالذم وسوء القول ، ومنه قول أبى الدرداء : إن قارضت الناس قارضوك ، وإن تركتهم لم يتركوك .

وقد يكون التقارض والمقارضة فى الثناء والمدح ، وذلك أن يمدح الرجل رجلا فيمدحه الممدوح بمثل مدحه له ، ويقال : هما يتقارضان الثناء وهذا مأخوذ من القرض الذى هو بمعنى المحاذاة والمعارضة .

وسميت هـذه الشركة مضاربة ، لأن العامل الذى يضرب بالمال الذى أخذه من صاحبه فى الأرض يتجر فيه ، يقال : ضرب فى الأرض : إذا سافر ، فأهل الحجاز يسمونها : قراضاً ، وأهل العراق يسمونها : مضاربة ، ومعناهما واحد ، والأصل فيهما ما أعلمتك .

قال الشافعى رحمه الله : فإن كان القراض فاسداً ، فاشترى العامل بعين المال ، فهو فاسد .

أراد : أنه لما اشترى السلعة قال : اشتريتها بهذا المال ــ وأشار إليه ــ ولم يقل : اشتريته بكذا ديناراً ــ ضمنها فى ذمته ــ وعين كل شىء نفسه .

وقوله : الربح له والوضيعة عليه .

أراد بالوضيعة : الخسران ــ يقال : وضع فلان فى تجارته : إذا خسر فيها .

وقال الشيخ محيى الدين النووى فى الروضة :

القراض والمقارضة والمضاربة ، بمعنى ، وهو أن يدفع مالا إلى شخص ليتجر فيه والربح بينهما . ودليل صحته إجماع الصحابة رضى الله عنهم ، وفيه ثلاثة أبواب .

الأول : فى أركان صحته ، وهى خمسة .

[الركن] الأول : رأس المال ، وله أربعة شروط .

الأول : أن يكون نقداً ، وهـو الدراهم والدنانير المضروبة ، ودليله الاجماع . ولا يجـوز على الدراهم المغشـوشة على الصـحيح ، ولا على الفلوس على المذهب .

قلت : قد ذكر الفورانى فى جواز القراض على ذوات المثل وجهين ، وهذا شاذ منكر ، والصواب المقطوع به : المنع . والله أعلم .

الشرط الثـاني : أن يكون معلوماً . فلو دفع إليه ثوباً وقال : بعه وقـد قارضتك على ثمنه ، لم يجز .

الشرط الثالث : أن يكون معيناً . فلو قارض على دراهم غير معينـة ، ثم أحضر فى المجلس وعينهـا ، قطع القـاضى والامام بجـوازه ، كالصرف والسلم ، وقطع البغوى بالمنع . ولو كان له دين على رجـل ، فقال لغـيره : قارضتك على دينى على فلان ، فاقبضه واتجر فيه ، أو قارضتك عليه لتقبض وتتصرف ، أو اقبضه فاذا قبضته فقد قارضتك عليه ، لم يصح ، وإذا قبض العامل وتصرف فيه ، لم يستحق الربح المشروط ، بل الجميـع لرب المال ، وللعامل أجرة مثل التصرف إن كان قال : إذا قبضت فقد قارضتك . وإن قال : قارضتك عليه لتقبض وتتصرف ، استحق أجرة مثل التقاضى والقبض أيضاً . ولو قال للمديون : قارضتك على الدين الذى لى عليك ، لم يصـح القراض ، بل لو قال : اعزل قدر حقى من مالك ، فعزله ، ثم قال : قارضتك عليه ، لم يصح ، لأنه لم يملكه . فإذا تصرف المأمور فيما عزله ، نظـر ، إن اشترى بعينه للقراض ، فهو كالفضولى يشترى لغيره بعين ماله . وإن اشترى فى الذمة ، فوجهان . أصحهما عند البغوى : أنه للمالك ، لأنه اشـترى له باذنه . وأصحهما : عند الشيخ أبى حامـد : للعـامل ، لأن المالك لم يملك اليمين . وحيث كان المعـزول للمالك ، فالربح ورأس المـال له ، لفسـاد القراض ، وعليه الأجرة للعـامل . ولو دفع كيسـين فى كل ألف ، وقال : قارضتك على أحدهما ، فوجهان . أحدهما : يصح ، لتساويهما . وأصحهما : المنع ، لعدم التعيين .

قلت : فعلى الأول يتصرف العامل فى أيهما شاء ، فيتعين للقراض . والله أعلم .

ولو كانت دراهمه فى يد غيره وديعة ، فقارضه عليها ، صح ، ولو كانت غصباً ، صح على الأصح ، كما لو رهنه عند الغاصب . وعلى هذا ، لا يبرأ من ضمان الغصب كما فى الرهن .

قلت : معناه : لا يبرأ بمجرد القراض . أما إذا تصرف العامل فباع

واشترى ، فيبرأ من ضمان الغصب ، لأنه سلمه بإذن المالك ، وزالت عنه يده ؛ وما يقبضه من الأعواض ، يكون أمانة فى يده ، لأنه لم يوجد منه فيها مضمن . والله أعلم .

الشرط الرابع : أن يكون رأس المال مسلماً إلى العامل ، ويستقل باليد عليه والتصرف فيه . فلو شرط المالك أن يكون الكيس فى يده ، ويوفى منه الثمن إذا اشترى العامل شيئاً ، أو شرط أنه يراجعه فى التصرفات ، أو مشرفاً نصبه ، فسد القراض . ولو شرط أن يعمل معه المالك بنفسه ، فسد على الصحيح . وقال أبو يحيى البلخى : يجوز على سبيل المعاونة والتبعية . ولو شرط أن يعمل معه غلام المالك ، فوجهان . ويقال : قولان . الصحيح الذى عليه الأكثرون : صحته ، لأن العبد مال ، وللمالك إعارته وإجارته ، فيكون فى معنى إذن المالك فى استخدامه . هذا إذا لم يصرح بحجة على العامل ، فأما إذا قال : على أن يعمل معك غلامى ولا تتصرف دونه ، أو يكون بعض المال فى يده ، فيفسد قطعاً . ولو شرط أن يعطيه بهيمة يحمل عليها ، جاز على المذهب . ولو لم يشرط عمل الغلام معه ، ولكن شرط ثلث الربح له ، والثلث لغلامه ، والثلث للعامل ، جاز . وحاصله : اشتراط ثلثى الربح لنفسه ، نص عليه فى « المختصر » .

فـــرع

قال المتولى : لو كان بينه وبين غيره دراهم مشتركة ، فقال لشريكه : قارضتك على نصيبى منها ، صح ، إذ ليس له إلا الاشاعة ، وهى لا تمنع صحة التصرف . قال : ولو خلط ألفين بألف لغيره ، ثم قال صاحب الألفين للآخر : قارضتك على أحدهما وشاركتك فى الآخر ، فقبل ، جاز ، وانفرد العامل بالتصرف فى ألف القراض ، ويشتركان فى التصرف فى باقى المال ، ولا يخرج على الخلاف فى الصفقة الواحدة تجمع عقدين مختلفين ، لأنهما جميعاً يرجعان إلى التوكيل بالتصرف .

فــرع

لا يجوز جعل رأس المال سكنى دار ، لأنه إذا لم يجعل العرض رأس مال ، فالمنفعة أولى .

الركن الثانى : العمل ، وله شروط .

الأول : أن يكون تجارة ، ويتعلق بهذا الشرط مسائل .

الأولى : لو قارضه على أن يشترى الحنطة فيطحنها ويخبزها ، والطعام ليطبخه ويبيعه ، والغزل لينسجه ، والثوب ليقصره أو يصبغه ، والربح بينهما ، فهو فاسد . ولو اشترى العامل الحنطة ، وطحنها من غير شرط ، فوجهان . أحدهما ، وهو قول القاضى حسين وآخرين : يخرج الدقيق عن كونه رأس مال قراض [1] . فإن لم يكن فى يده غيره ، انفسخ القراض ، لأن الربح حينئذ لا يحال على البيع والشراء فقط . وعلى هذا ، لو أمر المالك العامل بطحن حنطة القراض ، كان فسخاً للقراض . وأصحهما : أن القراض بحاله ، كما لو زاد عبد القراض بكبر ، أو سمن ، أو تعلم صنعة ، فإنه لا يخرج عن كونه مال قراض ، لكن إن استقل العامل بالطحن ، صار ضامناً ، ولزمه الغرم إن نقص الدقيق . فإن باعه ، لم يكن الثمن مضموناً عليه ، لأنه لم يتعد فيه ، ولا يستحق العامل بهذه الصناعات أجرة ولو استأجر عليها ، والأجرة عليه ، والربح بينه وبين المالك كما شرطا .

الثانية : قارضه على دراهم على أن يشترى نخيلا ، أو دواب ، أو مستغلات ويمسك رقابها لثمارها ونتاجها وغلاتها ، وتكون الفوائد بينهما ، فهو فاسد ، لأنه ليس ربحاً بالتجارة ، بل من عين المال .

الثالثة : شرط أن يشترى شبكة ويصطاد بها والصيد بينهما ، فهو فاسد ، ويكون الصيد للصائد ، وعليه أجرة الشبكة .

---

(١) فى نسخ الظاهرية : يخرج الدقيق عن كونه مال قراض .

الشرط الثـانى : أن لا يكون مضيقا عليه بالتعيين . فلو عين نوعاً يندر كالياقوت الأحمر والخز الأدكن ، والخيل العتيق ، والصيد حيث يندر ، فسد القراض ، لأنه تضييق يخل بالمقصود . وإن لم يندر ، ودام شتاء وصيفاً كالحبوب ، والحيوان والخز ، والبز ، صح القراض . وإن لم يدم ، كالثمار الرطبة ، فوجهان . أصحهما : الجواز . والثانى : المنع ، إلا إذا قال : تصرف فيه ، فإذا انقطع ، فتصرف فى كذا ، فيجوز . ولو قال : لا تشتر إلا هذه السلعة ، أو إلا هذا العبد ، فسد ، بخلاف ما لو قال : لا تشتر هذه السلعة ، لأنه يمكن شراء غيرها . ولو قال : لا تبع إلا لزيد ، أو لا تشتر إلا منه ، لم يجز ، وقال الماسرجسى : إن كان المعين بياعاً لا ينقطع عنده المتاع الذى يتجر فى نوعه غالباً ، جاز تعيينه ، والمعروف ، الأول . ولو قال : لا تبع لزيد ولا تشتر منه ، جاز على الصحيح .

فــرع

لا يشترط تعيين نوع يتصرف فيه على الصحيح ، بخلاف الوكالة .

فــرع

إذا جرى تعيين صحيح ، لم يكن للعامل مجاوزته كما فى سائر التصرفات المستفادة بالإذن . ثم الإذن فى البز ، يتناول ما يلبس من المنسوج ، من الابريسم ، والقطن ، والكتان ، والصوف ، دون البسط ، والفرش . وفى الأكسية ، وجهان ، لأنها ملبوسة ، لكن لا يسمى بائعها بزازاً

قلت : أصحهما : المنع . والله أعلم .

الشرط الثالث : أن لا يضيق بالتوقيت ، ولا يعتبر فى القراض بيان المدة ، بخلاف المساقاة ، لأن مقصودها وهو الثمرة ، ينضبط بالمدة . فلو وقت فقال : قارضتك سنة ، فإن منعه من التصرف بعدها مطلقاً ، أو من البيع ، فسد ، لأنه يخل بالمقصود . وإن قال : على أن لا تشترى بعد السنة ، ولك البيع ، صح على الأصح ، لأن المالك يتمكن من منعه من

الشراء متى شاء ؛ بخلاف البيع . ولو اقتصر على قوله : قارضتك سنة ، فسد على الأصح . وعلى الثانى : يجوز ، ويحمل على المنع من الشراء ، استدامة للعقد . ولو قال : قارضتك سنة على أن لا أملك الفسخ قبل انقضائها ، فسد .

وقال ابن بطال الركبى : القراض مشتق من القرض وهو القطع ، كأنه يقطع له قطعة من ماله أو قطعة من الربح . وقيل اشتقاقه من المساواة ، يقال : تقارض الشاعران إذا ساوى كل منهما صاحبه فى المدح ، وتقارضا الثناء . وقال الصنعانى فى سبل السلام : القراض بكسر القاف وهو معاملة العامل بنصيب من الربح . وهذه تسميته فى لغة أهل الحجاز ، وتسمى مضاربة ، مأخوذة من الضرب فى الأرض لما كان الربح يحصل فى الغالب بالسفر أو من الضرب فى المال وهو التصرف اهـ .

وقال الرافعى : ولم يشتق للمالك منه اسم فاعل لأن العامل يختص بالضرب فى الأرض ، فعلى هذا تكون المضاربة من المفاعلة التى تكون من واحد ، مثل عاقبت اللص . وقال ابن قدامة فى المغنى من كتب الحنابلة : وهذه المضاربة تسمى قراضا أيضاً ، ومعناها أن يدفع رجل ماله إلى آخر يتجر له فيه ، على أن ما حصل من الربح بينهما حسب ما يشترطانه فأهل العراق يسمونه مضاربة ، مأخوذة من الضرب فى الأرض اهـ .

وقد جمع النووى بين الاسمين فى المنهاج فقال : القراض والمضاربة أن يدفع إليه مالا ليتجر فيه والربح مشترك . قال السبكى : قد يشاح النووى فى قوله : أن يدفع . ويقال : القراض العقد المقتضى للدفع لا نفس الدفع . قال الشربينى فى شرح المنهاج : وأركانه خمسة مال وعمل وربح وصيغة وعاقدان .

وقال الرشيدى فى حاشيته على شرح شمس الدين الرملى للمنهاج : فى عطف الشارح المقارضة على القرض ، أى أن القراض يجوز أن يكون مشتقا من القرض ومن المقارضة . وهذا الصنيع ظاهر فى أن دفع المال على الوجه

الآنى لا يسمى مقارضة بل قراضاً ومضـاربة وهو ظاهر المتن حيث اقتصر عليهما . لكن ظاهر كلام المحلى يخالفه حيث عطف المقارضة على ما فى المتن فأفاد أن القراض والمضاربة بمعنى .

قال ابن المنذر : وأجمع أهل العلم على جواز المضاربة فى الجملة . وقال الصنعانى لا خلاف بين المسلمين فى جواز القراض ، وأنه مما كان فى الجاهلية فأقره الإسلام وقال ابن حزم : كل أبواب الفقه فيه أصل من الكتاب والسنة حاشا القراض فما وجدنا له أصلا فى السنة لكنه إجماع صحيح ، ويقطع بأنه كان فى عصره صلى الله عليه وسلم وعلم به وأقره .

(قلت) ولسنا نخالف ابن حزم إلا فى أن أمراً مجمعاً عليه من الأمـة منذ نبيها صلى الله عليه وسلم ثم لا يتبين مصدره واضحاً بالأخبار ، ولعل ابن حزم لم يبلغه لبعد الشقة ما بلغ غيره ، وإن كانت هذه الأخبار المرفوعة يعتريها بعض الوهن من ناحية الإسناد فإنها مؤيدة بأخرى صحيحة موقوفة على الصحابة ، وهو لا يدل بالاستقراء على أنه كان موجوداً فى عهده صلى الله عليه وسلم وإنما يدل بمنطوقه على وجوده ، فيكون استقراؤه من الإجماع على وجوده ينقصه ما رويناه عن الصحابة من صحيح الأخبار .

فأما المرفوع فقد روى ابن ماجه عن صهيب أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « ثلاث فيهن البركة : البيع إلى أجل والمقارضة وخلط البر بالشـعير للبيت لا للبيع » أورده ابن حجر فى بلوغ المـرام وضعف إسـناده . وأما الموقوف فما رواه الدارقطنى ورجاله ثقات عن حكيم بن حزام « أنه كان يشترط على الرجل إذا أعطاه مالا وقارضه أن لا تجعل مالى فى كبدرطبة ولا تحمله فى بحر ولا تنزل به فى بطن مسيل ، فإن فعلت شـيئاً من ذلك فقـد ضمنت مالى » وقال مالك فى الموطأ عن العلاء بن عبد الرحمن بن يعقـوب عن أبيه عن جده « أنه عمل فى مال لعثمان على أن الربح بينهما » وروى حميد بن عبد الله عن أبيه عن جده « أن عمر بن الخطاب أعطاه مال يتيم مضاربة يعمل به فى العراق » وروى مالك عن زيد بن أسلم عن أبيه « أن عبد الله وعبيد الله ابنى عمر خرجا فى جيش إلى العراق فتسلفا من أبى موسى

مالا وابتاعا به متاعا ، وقدما به إلى المدينة ، فباعاه وربحا فيه ، فأراد عمر أخذ رأس المال والربح كله فقالا : لو تلف كان ضمانه علينا ، فلم لا يكون ربحه لنا ؟ فقال رجل : يا أمير المؤمنين لو جعلته قراضاً قال : قد جعلته ، وأخذ منهما نصف الربح » وعن قتادة عن الحسن أن عليا قال : « إذا خالف المضارب فلا ضمان ، هما على ما شرطا » « وعن ابن مسعود وحكيم بن حزام أنهما قارضا » .

قال الماوردى فى الحاوى : والأصل فى إحلال القراض وإباحته قوله تعالى : « ليس عليكم جناح أن تبتغوا فضلا من ربكم » وفى القراض ابتغاء فضل وطلب نماء وقد استدل بحديث « دعوا الناس يرزق الله بعضهم من بعض » على جوازها . « وقد ضارب النبى صلى الله عليه وسلم لخديجة بأموالها إلى الشام وأنفذت لخدمته عبداً لها يقال له ميسرة » وروى ابن أبى الجارود : حبيب بن يسار عن ابن عباس قال : كان العباس إذا دفع مالا مضاربة اشترط على صاحبه أن لا يسلك به بحراً ولا ينزل به واديا ولا يشترى به ذات كبد رطبة ، فإن فعل فهو ضامن » قال الماوردى : « فرفع ذلك إلى النبى صلى الله عليه وسلم فأجازه » .

وقد اختلف أصحابنا فى وجه الاستدلال من حديث عمر على ثلاثة أوجه :

(أحدها) قول الجليس : لو جعلته قراضاً ، وإقرار عمر على صحة القراض ولو علم عمر فساده لرده ، فلم يكن ما فعله معهما قراضاً لا صحيحاً ولا فاسداً ، ولكن استطاب طهارة أنفسهما بما أخذه من ربحهما لاسترابته بالحال واتهامه أبا موسى بالميل لأنهما ابنا أمير المؤمنين ، الأمر الذى ينفر منه الإمام العادل وتأباه طبيعة الإسلام .

(والثانى) أن عمر أجرى عليهما فى الربح حكم القراض الفاسد لأنهما عملا على أن يكون الربح لهما ولم يكن قد تقدم فى المال عقد يصح حملهما عليه ، فأخذ منهما جميع الربح ، وعارضهما على العمل بأجرة المثل وقدره بنصف الربح فرده عليهما أجرة ، وهو اختيار أبى إسحاق المروزى

(والثالث) أن عمر أجرى عليهما أجراً فى الربح حكم القراض الصحيح ، وإن لم يتقدم منهما عقد ، لأنه كان من الأمور العامة ما يتسع حكمه عن العقود الخاصة ، فلما رأى المال لغيرهما والعمل منهما ولم يرهما متعديين فيه ، جعل ذلك عقد قراض صحيح . وهذا ذكره أبو على بن أبى هريرة . فعلى هذا الوجه يكون القول والفعل معاً دليلا ، ثم الحديث الذى ساقه المصنف من مساقاة النبى صلى الله عليه وسلم أهل خيبر على شطر ما يخرج من تمر وزرع لا يدل بمنطوقه على هذا وإنما يدل بالمفهوم أو المحمول ، لأن المساقاة عمل فى محل استوجب به شطر ثمر فاقتضى ذلك جواز القراض من طريق المعنى . وقد ذهب الماوردى إلى أن صحة القراض دليل على جواز المساقاة .

قوله : النقار وهو مذاب الفضة وقبل الذوب هى تبر ، والسبائك جمع سبيكة القطعة المستطيلة من الذهب .

والفلوس جمع فلس وهو أدنى ما يتعامل به من المال ، ويسمى فى الشام قرشا وفى العراق فلسا ، وفى مصر والسودان مليما ، وفى الحجاز ونجد هللة ، وفى اليمن بقشة ، وفى المغرب والجزائر بيزا أو بسيطة ، وفى اليونان دراخما ، وفى اليابان ين وفى إنجلترا وأمريكا بنس ، والفرق بين الفلوس قديماً وحديثاً أوضحناها فى كتابنا (تاريخ النقود الإسلامية) .

فإذا ثبت أن القراض جائز بين المتعاقدين لأنه عقد معونة وإرفاق ؛ فإنه عقد اختيار وليس عقد لزوم ويجوز لمن شاء منهما أن يفسخه ، ومن أجل تيسير رد رأس المال على صاحبه لم يبحه الفقهاء إلا بالدراهم والدنانير .

قال الشافعى : ولا يجوز القراض إلا فى الدراهم والدنانير التى هى أثمان الأشياء وقيمتها وحكى عن طاووس والأوزاعى وابن أبى ليلى جواز القراض بالعروض لأنها كالدراهم والدنانير ، ولأن كل عقد صح بالدراهم الدنانير صح بالعروض كالبيع ، وهذا خطأ لأن القراض مشروط برد رأس المال واقتسام الربح وعقده بالعروض يمنع من هذين الشرطين أما رد رأس المال فلأن من العروض مالا مثل لها فلم يمكن ردها .

وأما الربح فقد يفضى إلى اختصاص أحدهما به دون الآخر لأنه إن زاد خيره العامل بالربح فاختص به رب المال ، وإن نقص أخذ العامل شطر فاضله من غير عمل ، وهذه أمور يمنع القراض منها فوجب أن يمنع مما أدى إليها ، ولأن كل مال يمنع ما يوجب القراض منع من أن ينعقد عليه القراض كالمنافع .

فأما الجواب عن قياسهم على الدراهم والدنانير فهو أنها لا تمنع موجب القراض وأما قياسهم على البيع فالمعنى فيه أنه لا يلزم فيه رد مثل ولا قسمة ربح فجاز بكل مال ، فإذا ثبت أن القراض لا يصح إلا بالدراهم والدنانير فلا يصح إلا بما كان منها مضروباً لا غش فيه ؛ فإنه بالنقار والسبائك لا يجوز ، وبه قال أبو حنيفة ، وكذلك بالفضة المغشوشة ، وذهب أبو حنيفة إلى جوازها إذا كانت الفضة أكثر اعتباراً بحكم الأغلب ، وهذا خطأ لأن غش الفضة بالنحاس لو تميز عنها لم يجز به القراض فإذا خالطها لم يجز به القراض ، ولأن ما لم تخلص فضته لم تجز مقارضته كالكثير الغش .

فإن قيل : فمن شرطها أن تكون معلومة القدر والصفة عند عقد القراض بها فإن تقارضا على مال لا يعلمان قدره كان القراض باطلا للجهل بما تعاقدا عليه ، وإن علما قدره وجهلا صفته بطل القراض ، لأن الجهل بالصفة كالجهل بالقدر فى بطلان العقد ، فلو عقد القراض على ألف من أنواع شتى ، فإن علما كل نوع منها صح العقد ، وإن جهلاه بطل .

فلو دفع إليه ألف درهم وألف دينار على أن يقارض بأى الألفين شاء ويستودعه الأخرى لم يجز للجهل بالقراض هل عقد بألف درهم أو بألف دينار ؟ كما لو أعطاه مبلغاً من العملة الصعبة كالدولار والمارك والاسترليني ومبلغاً من العملة الأخرى ولكل من النقدين قيمة رسمية وقيمة حرة ، وقيمة محلية وأخرى فى أسواقها الرسمية أو الدولية ، ولم يحدد له أحد النوعين المراد به القراض كان العقد باطلا . ولو دفع إليه بكيسين فى كل واحد منهما ألف دينار على أن تكون إحدى الألفين قراضا والأخرى وديعة ففيه وجهان .

(أحدهما) يجوز ويكون قراضا صحيحاً لأنه معقود على ألف دينار معلومة لتساوى الألفين .

(والثانى) لا يجوز للجهل بمال القراض من مال الوديعة ، ولكن لو دفع إليه ألفا وألفا على أن له من ربح أحد الألفين النصف ومن ربح الآخر الثلث ، فإن عين الألف التى شرط له نصف ربحها من الألف التى شرط له ثلث ربحها جاز وكانا عقدين ، وإن لم يعين لم يجز للجهل بمال كل واحد من العقدين .

وإذا كانت لرجل فى يد رجل ألف درهم وديعة فقارضه عليها وهما يعلمان قدرها وصفتها جاز ، ولو كانا يجهلان القدر أو الصفة لم يجز ، ولو قال له : قد قارضتك على ألف من دينى التى على فلان فاقتضى منه قراضا لم يجز لأنه قراض على ملك غائب ، فإن قبضها وأنجز بها صح القبض لأنه وكل فيه ، وكان الربح والخسران لرب المال وعليه ، لحدوثهـا عن ملـكه فى قراض فاسد ، ولو كان له على العامل دين فقال له : قد جعلت ألفا من دينى عليك قراضا فى بدل لم يجز ، تعليلا بأنها قراض على مال غائب ، وفيما حصل فيه من الربح والخسران قولان حكاهما أبو حامد فى جامعه تخريجا .

(أحدهما) أنه لرب المال وعليه ، كالحادث عن مقارضة من دين على غيره ، فعلى هذا تبرأ ذمة العامل من الدين إذا اتجر به .

(والقول الثانى) وهو الأصح أن الربح والخسران للعامل وعليه دين رب المال ، والفرق بين كون الدين عليه وبين كونه على غيره أن قبضه من غيره صحيح لأنه وكيل فيه لرب المال فعاد الربح والخسران على رب المـال لحدوثها عن ملكه ، وقبضه من نفسه فاسد لأنه يصير مشتريا لنفسه بنفسه فعاد الربح والخسران عليه دون رب المال لحدوثها عن ملكه لأن فى كل واحد من الموضعين يعود الربح والخسران على من له المال .

فـــرع فأما إذا غصبه ألفا ثم قارضه عليها فهذا على ضربين .

أحدهما : أن يكون قد استهلكها بالغصب فقد صارت بالاستهلاك ديناً ، فيكون على ما ذكرنا والثانى : أن تكون باقية فهذا على ضربين .

(أحدهما) أن يقارض عليهما بعد إبرائه من ضمانها فيجوز لأنها تصير بعد الإبراء وديعة .

(والثانى) أن يقارضه عليها من غير تصريح بإبرائه منها ، ففى القراض وجهان .

(أحدهما) باطل لأنها مضمونة عليه كالدين وبما حصل فيها من ربح وخسران فلرب المال وعليه .

(والثانى) وهو صحيح أن القراض صحيح لأنه قراض على مال حاضر كما لو باعها عليه أو وهبها منه . وفى براءته بذلك من ضمانها ثلاثة أوجه :

(الأول) براءته من ضمانها لأنه قد صار مؤتمنا عليها . (الثانى) لا يبرأ من ضمانها كما لا يبرأ الغاصب من ضمان ما ارتهن . (الثالث) أنه ما لم يتصرف فيها بعقد القراض فضمانها باق عليه ، وإن تصرف فيها بدفعها فى ثمن ما ابتاعه بها برىء من ضمانها إن عاقد عليها بأعيانها ، ولم يبرأ إن عاقد بها فى ذمته لأنها فى التعيين مدفوعة إلى مستحقها بإذن مالكها فصار كردها عليه، وفيما تعلق بذمته يكون مبرئاً لنفسه .

فأما إذا دفع إليه عرضاً وأمره ببيعه والمضاربة بثمنه لم يجز لعلتين :

(الأولى) جهالة ثمنه والقراض بالمال المجهول باطل .

(الثانية) عقده بالصفة ، والقراض بالصفات باطل فإن باعه العامل كان بيعه جائزاً لصحة الإذن فيه ، وإن اتجر به كان الربح والخسران لرب المال لحدوثها عن ملكه ، وللعامل أجرة مثله فى عمل القراض دون العرض ، لأنه لم يجعل له فى بيع العرض جعلا ، وإنما جعل له فى عمل القراض ربحاً فصار متطوعاً بالبيع معتاضاً على القراض . ولو قال خذ من وكيلى ألف

درهم فضارب بها لم يجز لعلة واحدة ، وهو أنه قراض بصفة وما حصل من ربح وخسران فلرب المال وعليه .

فأما إذا دفع شبكة إلى صياد ليصيد بها ويكون الصيد بينهما لم يجز وكان الصيد للصياد وعليه أجرة الشبكة ، وقد مضى تفصيل ذلك من التكملة الأولى ومناقشة كل من القائلين بأن الشبكة لمالكها وعليه أجر المثل للصياد أو أن المصيد للصياد وعليه أجر الشبكة ، والاتفاق على أن الصيد لا يقسم بين الصياد والمالك مرابحة قياساً على المزارعة . والفرق بين صيد الصياد ونتاج الماشية أن حدوث النتاج من أعيانها فكان لمالكها دون عاملها وحصول الصيد بفعل الصياد فكان له دون مالك الشبكة فى رأى الماوردى وكان لمالك الشبكة حتى لا يضيع تعب العامل إذا لم تخرج الشبكة صيداً فى رأى السبكى وعلى صاحبها أجر مثله وعلى هذا لو دفع سفينة إلى ملاح ليعمل فيها بنصف كسبها لم يجز ، وكان الكسب للملاح لأنه بعمله وعليه لمالك السفينة أجرة المثل ، وهذه الأصول من أعظم ما تتميز به شريعتنا الإلهية من حماية العامل وجهده وكسبه ، وهى السمات الظاهرة المشرقة المشرقة فى مجتمع يقوم على الإسلام . وقال الشيخ محيى الدين النووى رضى الله عنه فى الروضة :

الركن الرابع : الصيغة .

القراض والمضاربة والمعاملة ، ألفاظ مستعملة فى هذا العقد . فإذا قال قارضتك ، أو ضاربتك ، أو عاملتك ، على أن الربح بيننا نصفين ، كان إيجاده صحيحاً . ويشترط القبول متصلا الاتصال المعتبر فى سائر العقود . ولو قال خذ هذا الألف واتجر فيه ، على أن الربح بيننا نصفين ، فقطع القاضى حسين والبغوى ، بأنه قراض ، ولا يفتقر إلى القبول . وقال الامام : قطع شيخى والطبقة العظمى من نقلة المذهب : أنه لابد من القبول ، بخلاف الجعاله والوكالة ، لأن القراض عقد معاوضة يختص بمعين . ولو قال : قارضتك على أن نصف الربح لى ، وسكت عن جانب العامل ، لم يصح على الأصح . وقيل : يصح ويكون بينهما نصفين . ولو قال : على أن نصف الربح لك ، وسكت عن جانب نفسه ، أو على أن لك النصف ولى السدس ، وسكت عن الباقى ، صح على الصحيح ، وكان بينهما نصفين .

فالقراض توكيل وتوكل ، فيعتبر فيهما ما يعتبر فى الوكيــل والموكل ، ويجوز لولى الطفل والمجنون أن يقارض بمالهما ، سواء فيه الأب ، والجد ، والوصى ، والحاكم ، وأمينه .

فصــل

إذا قارض فى مرض موته ، صح ، ويسلم للعامل الربح المشروط وإن زاد على أجرة المثل ، ولا يحسب من الثلث . ولو ساقاه فى مرض الموت ، وزاد على أجرة مثله ، حسبت الزيادة من الثلث على الأصح ، والفرق : أن النماء فى المساقاة من عين المال .

فصــل

يجوز أن يقارض الواحد اثنين وعكسه . فإذا قارض اثنين ، وشرط لهما نصف الربح بالسوية ، جاز ، ولو شرط لأحدهما ثلث الربح ، وللآخر ربعه ، فإن أبهــم ، لم يجــز . وإن عين صاحب الثلث وصاحب الربع ، جاز . قال الامام : وإنما يجوز أن يقارض اثنين إذا أثبت لكل واحد الاستقلال . فإن شرط كل واحد مراجعة الآخر ، لم يجــز . هــذا كلام الامام ، وما أظــن الأصحاب يساعدونه عليه . وإذا قارض اثنان واحداً ، فليبينا نصيب العامل من الربح ، ويكون الباقى بينهما على قدر ماليهما . ولو قالا : لك من نصيب أحدنا من الربح الثلث ، ومن نصيب الآخر الربع ، فإن أبهما ، لم يجز . وإن عينا وهو عالم بقدر مال كل واحد ، جاز ، إلا أن يشترطا كون البــاقى بين المالكين على غير ما تقتضيه نسبة المالين .

فصــل

إذا فسد القراض بتخلف بعض الشروط ، فله ثلاثة أحكام . أحدها تنفذ تصرفاته كنفوذها فى القراض الصحيح لوجود الإذن كالوكالة الفاسدة

الثانى : سلامة الربح بكماله للمالك . الثالث : استحقاق العامل أجرة مثل عمله ، سواء كان فى المال ربح ، أم لا ، وهذه الأحكام مطردة فى صور الفساد ، لكن لو قال : قارضتك على أن جميع الربح لى ، وقلنا : هو قراض فاسد ، لا إبضاع ، ففى استحقاق العامل أجرة المثل ، وجهان . أصحهما : المنع ، لأنه عمل مجاناً .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصـــل) ولا يجوز الا على جزء من الربح معلوم ، فان قارضه على جزء مبهم لم يصح ، لان الجزء يقع على الدرهم والالف فيعظم الضرر ، وان قارضه على جزء مقدر كالنصف والثلث جاز لأن القراض كالمساقاة ، ((وقد ساقى رسول الله صلى الله عليه وسلم أهل خيبر على شطر ما يخـرج من تمر وزرع)) وان قارضه على درهم معلوم لم يصح ، لانه قد لا يربح ذلك الدرهم فيستضر العامل ، وقد لا يربح الا ذلك الدرهم فيستضر رب المال .

وان قال : قارضتك على ان الربح بيننا ففيه وجهان :

(احدهما) لا يصح لانه مجهول ، لان هذا القول يقع على التساوى وعلى التفاضل .

(والثانى) يصح لانه سوى بينهما فى الاضافة فحمل على التساوى ، كما لو قال : هذه الدار لزيد وعمرو . وان قال : قارضتك على ان لى نصف الربح ففيه وجهان :

(احدهما) يصح ، ويكون الربح بينهما نصفين ، لان الربح بينهما ، فاذا شرط لنفسه النصف دل على ان الباقى للعامل .

(والثانى) لا يصح وهو الصحيح ، لان الربح كله لرب المال بالملك ، وانما يملك العامل جزءاً منه بالشرط ولم يشرط له شيئاً فبطل .

وان قال : قارضتك على ان لك النصف ففيه وجهان :

(احدهما) لا يصح ، لانه لم يبين ما لرب المال .

(والثانى) يصح ، وهو الصحيح ، لان ما لرب المال لا يحتاج الى شرط ، لانه يملكه بملك المال . وانما يحتاج الى شرط ما للعامل ، فاذا شرط للعـامل النصف بقى الباقى على ملك رب المال ، فعلى هذا لو قال : قارضتك على أن لك النصف ولى الثلث وسكت عن السـدس صـح ، ويكـون النصف له لان الجميع له الا ما شرطه للعامل ، وقد شرط له النصف ، فكان الباقى له .

فصـــل وان قال : قارضتك على أن الربح كله لى او كله لك ، بطـل القراض ، لأن موضوعه على الاشتراك فى الربح ، فاذا شرط الربح لأحدهما ، فقد شرط ما ينافى مقتضاه فبطل . وانْ دفع اليه الفا وقال : تصرف فيـــه والربح كله لك فهو قرض لا حق لرب المال فى ربحه ، لأن اللفظ مشترك بين القراض والقرض ، وقد قرن به حكم القرض ، فانعقد القرض به كلفظ التمليك لما كان مشتركا بين البيع والهبة اذا قرن به الثمن كان بيعاً . وان قال : تصرف فيه والربح كله لى فهو بضاعة ، لأن اللفظ مشترك بين القراض والبضـــاعة ، وقد قرن به حكم البضاعة فكان بضاعة كما قلنا فى لفظ التمليك .

(فصـــل) ولا يجوز أن يختص احدهما بدرهم معلوم ثم الباقي بينهما لانه ربما لم يحصـــل ذلك الدرهم فيبطل حقــه ، وربما لم يحصـــل غير ذلك الدرهم فيبطل حق الآخر ، ولا يجوز أن يخص احدهما بربح ما فى الكيسين ، لانه قد لا يربح فى ذلك فيبطل حقه او لا يربح الا فيه ، فيبطل حق الآخـــر ولا يجوز أن يجعل حق احدهما فى عبد يشتريه ، فان شرط انه اذا اشترى عبدا اخذه برأس المال او اخذه العامل بحقه ، لم يصح العقد ، لانه قد لا يكون فى المال ما فيه ربح غير العبد فيبطل حق الآخر) .

الشرح حديث المساقاة رواه الجماعة عن ابن عمـــر ولفظه « أن النبى صلى الله عليه وسلم عامل أهل خيبر بشطر ما يخرج من ثمر أو زرع » ورواه الشيخان بلفظ « أن النبى صلى الله عليه وسلم لما ظهر على خيبر سأله اليهود أن يقرهم بها على أن يكفونا عملها ولهم نصف الثمرة فقـــال لهم : نقركم بها على ذلك ما شئنا» وللبخاري «أعطى يهود خيبر أن يعملوها ويزرعوها ولهم شطر ما يخرج منها » ولمسلم وأبى داوود والنسائى « دفع إلى يهود خيبر نخل خيبر وأرضها على أن يعملوها من أموالهم ، ولرسول الله صلى الله عليه وسلم شطر ثمرها » ورواه أحمد عن عمر بلفظ « أن النبى صلى الله عليه وسلم عامل يهود خيبر على أن نخرجهم متى شئنا » ورواه البخـــارى بمعناه ، ورواه أحمد وابن ماجه عن ابن عباس بلفظ « أن النبى صلى الله عليه وسلم دفع خيبر أرضها ونخلها مقاسمة على النصف » ورواه البخارى عن أبى هريرة بلفظ « قالت الأنصار للنبى صلى الله عليه وسلم : اقسم بيننا وبين إخواننا ــ المهاجرين ــ النخل ، قال : لا ، فقالوا : تكفونا العمـــل ونشرككم فى الثمرة ، فقالوا سمعنا وأطعنا » .

أما الأحكام فقد قال النووى فى الروضة :

الشرط الثانى : أن يكون مشتركاً بينهما . فلو قال : قارضتك على أن يكون جميع الربح لك ، فوجهان . أصحهما : أنه قراض فاسد رعاية للفظ . والثانى : أنه قراض صحيح رعاية للمعنى . ولو قال : قارضتك على أن الربح كله لى ، فهل هو قراض فاسد . أم إبضاع ؟ فيه الوجهان . ولو قال : أبضعتك على أن نصف الربح لك ، فهو إبضاع ، أم قراض ؟ فيه الوجهان . ولو قال : خذ هذه الدراهم وتصرف فيها والربح كله لك ، فهو قرض صحيح عند ابن سريج والأكثرين ، بخلاف ما لو قال : قارضتك والربح كله لك ، لأن اللفظ صريح فى عقد آخر . وقال الشيخ أبو محمد : لا فرق بين الصورتين . وقال القاضى حسين : الربح والخسران للمالك ، وللعامل أجرة المثل ، ولا يكون قرضاً ، لأنه لم يملكه . ولو قال : تصرف فيها والربح كله لى ، فهو إبضاع .

الشرط الثالث : أن يكون معلوماً . فلو قال : قارضتك على أن لك فى الربح شركاً ، أو شركة ، أو نصيباً ، فسد . وإن قال : لك مثل ما شرطه فلان لفلان ، فإن كانا عالمين به ، صح . وإن جهله أحدهما ، فسد ولو قال : الربح بيننا ، ولم يبين ، فوجهان . أحدهما : الفساد . وأصحهما : الصحة ، وينزل على النصف ، كقوله : هذه الدار بينى وبين زيد ، يكون مقراً بالنصف . ولو قال : على أن ثلث الربح لك ، وما بقى فثلثه لى وثلثاه لك ، صح وحاصله اشتراط سبعة أتساع الربح للعامل ، هذا إذا علما عند العقد أن المشروط للعامل بهذا اللفظ كم هو ؛ فإن جهلاه أو أحدهما ، صح أيضاً على الأصح ، وبه قطع فى « الشامل » ، لسهولة معرفته . ويجرى الخلاف ، فيما إذا قال : [لك] من الربح سدس ربع العشر ، وهما لا يعلمان قدره عند العقد أو أحدهما .

الشرط الرابع : أن يكون العلم به من حيث الجزئية ، لا من حيث التقدير. فلو قال : لك من الربح ، أو لى منه درهم أو مائة ، والباقى بيننا نصفين ، فسد القراض . وكذا لو قال : نصف الربح إلا درهماً ، وكذا إذا اشترط أن يوليه سلعة كذا إذا اشتراها برأس المال ، لأنه ربما لا يربح إلا فيها ، أو أن يلبس الثوب المشترى ، أو يركب الدابة ، أو اختصاص أحدهما بربح

صنف من المال ، أو قال : ربح أحد الألفين لى ، وربح الآخر لك ، وشرط تمييز الألفين . فلو دفعهما إليه ولا تمييز ، وقال : ربح أحدهما لى ، وربح الآخر لك ، فسد أيضاً على الأصح .وقيل : يصح ويكون كقوله : نصف ربح الألفين لك .

فــرع

لا يجوز أن يعلق القراض ، فيقول : إذا جاء رأس الشهر فقد قارضتك ، كما لا يعلق البيع ونحوه . ولو قال : قارضتك الآن ولا تتصرف حتى ينقضي الشهر ، فقيل : يجوز كالوكالة . والأصح : لا يجوز كقوله : بعتك ولا تملك إلا بعد شهر .

الركن الثالث : الربح ، وله أربعة شروط .

الأول : أن يكون مخصوصاً بالمتعاقدين . فلو شرط بعضه لثالث فقال : على أن يكون ثلثه لك ، وثلثه لى ، وثلثه لزوجتى ، أو لابنى ، أو لأجنبى ، لم يصح ، إلا أن يشرط عليه العمل معه ، فيكون قراضاً مع رجلين . ولو كان المشروط له عبداً لمالك ، أو عبداً لعامل ، كان ذلك مضموماً إلى ما [شرط] للمالك أو للعامل . ولو قال : نصف الربح لك ونصفه لى ، ومن نصيبى نصفه لزوجتى ، صح القراض ، وهذا وعد هبة لزوجته . ولو قال للعامل : لك كذا على أن تعطى ابنك أو امرأتك نصفه ، قال القاضى أبو حامد : إن ذكره شرطاً ، فسد القراض ، وإلا ، فلا .

اما الأحكام فقد قال الشافعى : ولا يشترط أحدهما درهما على صاحبه وما بقى سهما ويشترط أن يوليه سلعة ، أو على أن يرتفق أحدهما بشىء دون صاحبه ، وهذا صحيح ، فقد ظهر أن عقد القراض موجب لاشتراك رب المال والعامل فى الربح ولا يختص به أحدهما دون الآخر ، لأن المال والعمل متقابلان ، فرأس المال فى مقابلة عمل العامل ، ولذلك وجب أن يشتركا فى الربح ، ولم يجز أن يختص به أحدهما مع تساويهما ، وإذا منعنا

من اختصاص أحدهما بالربح دون الآخر وجب أن يمنعا مما يؤدى إلى اختصاص أحدهما بالربح دون الآخر ، فمن ذلك أن يشترط أحدهما لنفسه من الربح درهما معلوما والباقى لصاحبه أو بينهما فلا يجوز ، لأنه قد لا يحصل من الربح إلا الدرهم المشروط فينفرد به أحدهما وينصرف الآخر بغير شيء مع وجود العمل وحصول الربح ، ومثاله فى البيوع أن يبيعه الثمرة إلا مداً يستثنيه لنفسه فيبطل البيع لأنه قد يجوز أن تهلك الثمرة إلا ذلك المد ، فيصير البائع آخذاً للثمن والثمرة معاً ولو شرطا تفاضلا فى الربح مثل أن يشترط أحدهما عشر الربح وتسعة أعشاره للآخر جاز لأنه ليس ينصرف أحدهما بغير ربح ، ومثاله فى البيوع أن يبيع الثمرة إلا عشرها فيصح البيع لأن ما بقى منها فهو مبيع وغير مبيع .

قال الماوردى : ومن ذلك أن يشترط أحدهما أن يولى ما يرتضيه أو ما يكتسبه برأس ماله فيبطل القراض لأنه قد لا يكون فى المشترى ربح إلا فيما تولاه فيصير مختصا بجميع الربح ويخرج الآخر بغير ربح ، ومن ذلك أن يشترط أحدهما ربحاً دون صاحبه ، مثل أن يشترط ركوب ما اشتراه من الدواب أو لبس ما اشتراه من الثياب مدة بقائها فى القراض فيبطل العقد لأنه قد لا يكون فى أثمانها فضل إلا ما اختص به أحدهما من الرفق فيصير منفرداً بالربح لأن المنفعة مقومة كالأعيان فأما إذا شرطا جميع الربح لأحدهما فهما مسألتان :

(الأولى) أن يشترطا جميع الربح لرب المال .

(الثانية) أن يشترطا جميع الربح للعامل ، فإذا شرط الأول نظر فيه ، فإن لم يقل رب المال عند دفعه : إنه قراض ولكن قال : خذه فاشتر به وبع ولى جميع الربح فهذه استعانة بعمله وليس بقراض والعامل متطوع بعمله فيه وجميع الربح لرب المال ولا أجرة للعامل فى عمله .

وإن قال اتخذه قراضاً على أن جميع الربح لى ، فهذا قراض فاسد وجميع الربح لرب المال وفى استحقاق العامل أجرة مثله وجهان :

(أحدهما) وهو قول المزني إنه لا أجرة له ، لأنه مع الرضا بأن لا ربح له متطوع بعمله .

(والثاني) وهو قول ابن سريج إن له أجرة مثله لعمله في قراض فاسد ، فصار كالمزوجة من غير صداق تستحق بذلك مهر المثل .

وأما إن شرطا جميع الربح للعامل فهذا على ضربين :

(أحدهما) أن يقول رب المال خذه قراضا على أن جميع الربح لك ، فهذا فاسد وجميع الربح لرب المال على حكم القراض الفاسد وللعامل أجرة مثله لدخوله على عوض لم يحصل له .

(والضرب الثاني) أن يقول : خذه على جميع ربحه لك ولا يصرح في حال الدفع بأنه قراض ، ففيه لأصحابنا وجهان :

(أحدهما) أن يكون سلفاً ولا يكون قراضاً لأنه غير منطوق به ، فعلى هذا يكون ضامنا للمال وجميع الربح له .

(والوجه الثاني) أن يكون قراضاً فاسداً ولا يكون قراضاً ولا سلفاً لأنه غير منطوق به ، فعلى هذا لا يكون ضامنا للمال ، ويكون جميع الربح لرب المال ، وللعامل أجرة المثل .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل ولا يجوز ان يعلق العقد على شرط مستقبل لانه عقد يبطـل بالجهالة ، فلم يجز تعليقه على شرط مستقبل كالبيع والاجارة .

فصــل قال الشافعي رحمه الله : ولا تجوز الشريطة الى مدة ، فمن اصحابنا من قال : لا يجوز شرط المدة فيه ، لانه عقد معاوضة يجوز مطلقـا فبطل بالتوقيت كالبيع والنكاح ، ومنهم من قال : ان عقده الى مدة على ان لا يبيع بعدها لم يصح لان العامل يستحق البيع لاجل الربح ، فاذا شرط المنع منه ، فقد شرط ما ينافي مقتضاه فلم يصح . وان عقده الى مدة على ان لا يشتري بعدها صح ، لان رب المال يملك المنع من الشراء اذا شاء ، فاذا شرط المنع منه فقد شرط ما يملكه بمقتضى العقد فلم يمنع صحته .

(فصـــل) ولا يصح الا على التجارة في جنس يعم ، كالثياب ، والطعام والفاكهة في وقتها ، فان عقده على مالا يعم كالياقوت الأحمر والخيل البلق وما اشبهها او على التجارة في سلعة بعينها لم يصح ، لان المقصود بالقراض الربح ، فاذا علق على مالا يعم او على سلعة بعينها تعذر المقصود ، لانه ربما لم يتفق ذلك ، ولا يجوز عقده على أن لا يشترى الا من رجل بعينه ، لانه قد لا يتفق عنده ما يربح فيه ، او لا يبيع منه ما يربح فيه ، فيبطل المقصود .

(فصـــل) وعلى العامل ان يتولى ما جرت العادة ان يتولاه بنفسه من النشر والطى والايجاب والقبول ، وقبض الثمن ووزن ما خف كالعود والمسك ، لان اطلاق الاذن يحمل على العرف ، والعـرف في هـذه الأشـياء ان يتولاها بنفسه ، فان استاجر من يفعل ذلك لزمه الاجرة في ماله .

فاما ما لم تجر العادة ان يتولاه بنفسه ، كحمل المتاع ووزن ما يثقل وزنه فلا يلزمـه ان يتـــولاه بنفســـه ، وله أن يســـتاجر من مال القــراض من يتولاه ، لأن العرف في هذه الاشياء ان لا يتولاه بنفسه ، فان تولى ذلك بنفسه لم يستحق الأجرة لانه تبرع به .

وان سرق المال او غصب فهل يخاصم السارق والغاصب ؟ فيه وجهان :

(احدهما) لا يخاصم ، لان القراض معقود على التجارة فلا تدخل فيـــه الخصومة (والثانى) انه يخاصم فيه لأن القراض يقتضى حفظ المال والتجارة ولا يتم ذلك الا بالخصومة والمطالبة .

فصــــل ولا يجوز للعامل ان يقارض غيره من غير اذن رب المال لان تصرفه بالاذن ولم يأذن له رب المال في القراض فلم يملكه . فان قارضه رب المال على النصف وقارض العامل آخر واشترى الثانى في الذمة ، ونقد الثمن من مال القراض ، وربح بنينا على القولين في الغاصب اذا اشترى في الذمة ونقد فيـه المال المغصوب وربح ، فان قلنا بقوله القديم : ان الربح لرب المال فقد قال المزنى ههنا : ان لرب المال الربح والنصف الاخر بين العاملين نصفين .

واختلف اصحابنا في ذلك فقال ابو اسحاق : هذا صحيح لان رب المـال رضى ان ياخذ نصف ربح فلم يستحق اكثر منه والنصف الثانى بين العـاملين لانهما رضيا ان يكون ما رزق الله بينهما ، والذى رزق الله تعالى هو النصف ، فان النصف الاخر اخذه رب المال فصار كالمستهلك ، ومن اصحابنا من قال : يرجع العامل الثانى على العامل الاول بنصف اجرة مثله ، لانه دخل على ان ياخذ نصف ربح المال ، ولم يسلم له ذلك . وان قلنا بقوله الجديد فقد قال المزنى : الربح كله للعامل الاول ، وللعامل الثانى اجرة المثل . فمن اصحابنا

من قال : هذا غلط لأن على هذا القول الربح كله للعامل الثانى ، لأنه هو المتصرف فصار كالغاصب فى غير القراض ، ومنهم من قال : الربح للأول ، كما قال المزنى ، لأن العامل الثانى لم يشتر لنفسه ، وانما اشتراه للأول ، فكان الربح له بخلاف الغاصب فى غير القراض ، فان ذلك اشتراه لنفسه فكان الربح له) .

الشرح قال الشافعي : ولا يجوز أن يقارضه إلى مدة من المدد . فإذا عرفت ما قررناه فى أول الكتاب من أن القراض من العقود الجائزة لا اللازمة فقد صح عقده مطلقاً بدون شرط مدة أو تحديد وقت يكون القراض فيه ، فلو شرطا مدة يكون القرض لازما بطل .

اذا ثبت هذا فاشتراط المدة على ضربين :

(أحدهما) أن يشترطا لرفع العقد فيها فيكون القراض باطلا لما ذكرنا .

(الثانى) أن يشترطا الفسخ فى العقد بعدها فهذا على ضربين :

(أحدهما) أن يشترطا فسخ القراض بعد المدة فى البيع والشراء فيكون القراض باطلا إذا فاته موجب العقد فى بيع ما حصل فى القراض من عرض .

(والثانى) أن يشترطا فسخ القراض بعد مضى المدة فى الشراء دون البيع فيكون القراض جائزا ، لأن له فسخ القراض فى الشراء عند مضى المدة فجاز أن يشترطه قبل مضى المدة..

ولو قال : خذ هذا المال قراضاً ما شئت أنا من الزمان أو ما شئت أنت جاز لأنه كذلك تكون العقود الجائزة ، ولو قال : خذه ما رضى فلان مقامك أو ما شاء فلان أن يقارضك لم يجز وكان قراضا فاسدا ، لأنه لا يجوز أن يكون قراضهما موقوفا على رأى غيرهما .

ولو قال : خذ المال قراضاً ما أقام العسكر ، أو إلى قدوم الحاج نظر ، فإن شرط لزومه فى هذه المدة كان باطلا ، وإن شرط فسخه بعدها فى الشراء دون البيع ، ففيه وجهان ، (أحدهما) : يجوز لما لهما من ذلك . (والثانى) : لا يجوز ، لأن لجهالة المدة قسطا من الغرر وتأثيراً فى الفسخ .

فـــرع عقد القراض يقتضي تصرف العامل فى المال بالبيع والشراء ، فإذا قارضه على أن يشترى به نخلا يمسك رقابها ويطلب ثمارها لم يجـز لأنه قيد تصرفه الكامل بالبيع والشراء ، ولأن القراض مختص بما يكـون النماء فيه نتيجة البيع والشراء وهو فى النخل نتيجة عن غير بيع ولا شراء فبطل أن يكون قراضاً ولا يكون مساقاة ، لأنه عاقده على جهالة بها قبل وجود ملكها ، وهكذا لو قارضه على شراء دواب أو مواشى يحبس رقابها ويطلب نتاجها لم يجز لما ذكرنا ، فإن اشترى بالمال النخل والدواب صح الشراء ومنع من البيع لأن الشراء عن إذن والبيع بغير إذن ، وكان الحاصل من الثمـار والنتاج ملكا لرب المال لأنه نتج عن ملكه ، وللعامل أجرة مثـله فى الشرط والخدمة لأنها عمل عاوض عليها ، وحكى عن محمد بن الحسن جواز ذلك كله حتى قال : لو أطلق القراض معه جاز له أن يشترى أرضاً أو يستأجرها ليزرعها أو يغرسها ويقتسما فضل زرعها وغرسها وهذا فاسد لما بيناه .

وأما القسم الثانى وهو مؤنة العمل فمنه ما يجب فى مال القراض ومنـه ما يلزم العامل ولا يجب فى مال القراض . فأما الأول فأجرة النقل والشحن وأرضيات الجمارك إذا لم يتأخر عن تسلمها من إهمال ، وأجـر الصـوامع والمخازن ، وما صار معهوداً من الرسوم والضرائب والدمغات التى لا يقدر على عدم أدائها فله دفع ذلك كله بالمعروف مـن رأس المال ثم وضـعه من الربح الحاصل فيه ليكون الفاضل بعد ذلك من الربح هو المقسوم بينهـما على شرطهما .

وأما ما يلزم العامل مالياً فما يدفع من المخالفات ورسوم الأرضـية فى الجمارك نتيجة الإهمال فى ترك الإسراع لتسلمها وتخليصها ، وما يلزمه عمليا فهو ما يفعله التجار من تحرير العقود ومباشرة عمليـات التسـويق والبيع وتنضيد السلع وعرضها وكتابة الأسعار عليها إن كانت أوامر السلطان تقضى بذلك ، أما الاعلان عن السلعة فى الصحف أو الحوائط أو شاشات العرض فتكون فى مال القراض أو على ما شرطاه .

وأما القسم الثالث وهو نفقة العامل فهو نوعان (أحـدهما) ما يختص

العامل بالتزامه كمأكوله وملبوسه ونفقة إقامته (والثانى) نفقة سفره ، فالذى رواه المزنى فى مختصره أن له النفقة بالمعروف . وقال فى جامعه الكبير : والذى أحفظ له أنه لا يجوز القراض إلا على نفقة معلومة فى كل يوم وعما يشتريه فيكتسبه ، فروى فى مختصره وجامعه وجوب النفقة ، وجعلها فى جامعه معلومة كنفقات الزوجات ، وفى مختصره بالمعروف كنفقات الأقارب ، فهذا ما رواه المزنى . وروى أبو يعقوب البويطى أنه لا ينفق على نفسه من مال المضاربة حاضراً كان أو مسافراً . فاختلف أصحابنا ، فكان أبو الطيب وأبو حفص بن الوكيل يجعلان اختلاف الروايتين على اختلاف قولين (أحدهما) وهو رواية المزنى أنه ليس له النفقة فى سفره لاختصاص سفره بمال القراض بخلاف نفقة الاستيطان .

والقول الثانى : لا نفقة له لما فيه من اختصاصه بالربح أو بشىء منه دون رب المال

وقال أبو إسحاق المروزى وأبو على بن أبى هريرة : لا نفقة له قولا واحداً على ما رواه البويطى ، وحملا رواية المزنى على نفقة المبتاع دون العامل ، وهذا التأويل مدفوع بما بينه المزنى فى جامعه الكبير بقوله : نفقة معلومة فى كل يوم ، وثمن ما يشتريه فيكتسبه .

فــرع قال الشافعى : وإذا سافر كان له أن يكترى من المال من يكفيه بعض المئونة فى الأعمال التى لا يعملها العامل ، وله النفقة بالمعروف ا هـ .

والكلام فى هذه المسئلة التى ذكرها المصنف واستدللنا له عليها بقول الشافعى مشتمل على ثلاثة أقسام :

(الأول) فى جواز سفر العامل بمال القراض .

(الثانى) فى مئونة العمل .

(الثالث) فى نفقة العامل .

فأما الأول فلرب المال معه ثلاثة أحوال :

(الأول) أن ينهاه عن السفر به فلا يجوز أن يسافر إجماعا . فإن أذن له فى السفر إلى بلد لم يجز أن يسافر إلى غيره ، وإن لم يخص به بلداً جاز أن يسافر به إلى البلدان المأمونة المسالك والأمصار التى جرت عادة أهل بلده أن يسافروا بأموالهم ومتاجرهم إليها ولا يخرج عن العرف المعهود فيهـا ، والبعد إلى أقصى البلدان ، فإن أبعد إلى أقصى البلدان ضمن المال .

(الثانى) أن يطلق فلا يأمره ولا ينهاه ، فقد اختلف النـاس فى جـواز سفره بالمال ، فذهب الشافعى إلى أنه لا يجوز أن يسافر به قريباً ولا بعيداً سواء رد الأمر إلى رأيه أم لا .

وقال أبو حنيفة يجوز له أن يسافر بالمال إذا رأى ، وإن لم يأمره بذلك ما لم ينهه ، وقال أبو يوسف : يجوز أن يسافر بالمال إلى حيث يمكنه الرجوع من قبل الليل وقال محمد بن الحسن : يجوز له أن يسـافر بالمال إلى حيث لا يلزمه إليه مؤنة . ودليلنا قوله صلى الله عليه وسلم « إن المسافر وماله على قلت إلا ما وقى الله » يعنى على خطر ، وهو لا يجوز أن يخاطر بالمال ، ولأنه مؤتمن فلم يجز أن يسافر بالمال كالوكيل ، ولأن كل سفر منع منه الوكيـل منع منه العامل ، كالسفر البعيد :

فـــرع قال الشافعى : فإن قارض العامل بالملك آخر من غير إذن صاحبه فهو ضامن فإن ربح به فلصاحب المال شطر الربح ثم يكون للذى عمل شطره مما بقى .

قال المزنى : هذا قوله فى القديم وأصل قوله الجديد المعروف أن كل عقد فاسد لا يجوز قال المزنى : فإن اشترى بعين المال فهو فاسد ، وإن اشـترى بغير العين جاز والربح للعامل الأول وعليه الضمان ، وللعامل الثانى أجرة مثله فى قياس قوله .

وقال الماوردى : إن العامل فى القراض ممنوع أن يقارض غيره بمـال

القراض ما لم يأذن له رب المال به إذناً صحيحاً صريحاً . وقال أبو حنيفة : إن قال له رب المال عند دفعه له : اعمل فيه برأيك جاز أن يدفع منه قراضاً إلى غيره لأنه مفوض إلى رأيه فجاز أن يقارض لأنه من رأيه . وهذا خطأ لأن قوله : اعمل فيه برأيك يقتضى أن يكون عمله فيه موكولا إلى رأيه ، فإذا قارض به كان العمل لغيره ولأنه لو قارض بجميع المال لم يجز ، وإن كان ذلك من رأيه لعدوله بذلك عن عمله إلى عمل غيره ، فكذلك إذا قارض ببعضه ، فإذا تقرر أنه لا يجوز أن يقارض غيره بالمال إلا بإذن صريح من رب المال فلا يخلو رب المال من ثلاثة أقسام (أحدها) أن يأذن له فى العمل بنفسه ولا يأذن له فى مقارضة غيره (والثانى) أن يأذن له فى مقارضة غيره . (والثالث) أن يأذن له فى مقارضة غيره ولا يأذن له فى العمل بنفسه .

(فأما القسم الأول) فإن قارض غيره بالمال فقد تعدى وصار ضامنا للمال بعدوانه كالغاصب فيكون ربحه حكمه حكم الغاصب . ولمن يكون الربح ؟ على قولين : أحدهما وهو القديم أن ربح المغصوب لرب المال ، فعلى هذا قال المزنى ههنا إن لرب المال نصف الربح والنصف الآخر بين العاملين الأول والثانى .

فاختلف أصحابنا فى ذلك ، فكان أبو العباس بن سريج يقول :

يجب أن يكون على هذا القول جميع الربح لرب المال ، لأنه ربح مال مغصوب فأشبه المغصوب من غير مقارضة ، فإذا أخذ رب المال ماله وربحه كله رجع العامل الثانى على العامل الأول بأجرة مثله لأنه هو المستهلك لعمله والضامن له بقراضه ، فلو تلف المال فى يد العامل الثانى كان رب المال بالخيار فى الرجوع برأس ماله وربحه على من شاء منهما ، لأن الأول ضامن بعدوانه والثانى ضامن بيده ، فإن أغرم الأول لم يرجع على الثانى بشىء لأنه أمينه فيما غرمه . وإن أغرم الثانى رجع على الأول بما غرمه مع أجرة مثل عمله ، ولا يلزم رب المال ـ وإن أخذ جميع الربح ـ أن يدفع إلى واحد من العاملين أجرة المثل لإجراء حكم الغصب عليهما بالمخالفة

وذهب أبو إسحاق المروزى وأبو على بن أبى هريرة وجمهور أصحابنا

إلى أن ما رواه المزنى على هذا القول صحيح ، وأن رب المال ليس له من الربح إلا نصفه خلاف المأخوذ غصباً محضاً ، لأن رب المال فى هذا الموضع دفع المال راضياً بالنصف من ربحه وجاعلا نصفه الباقى لغيره ، فلذلك لم يستحق منه إلا النصف . فأما النصف الثانى فقد روى المزنى أنه يكون بين العاملين ، فاختلف أصحابنا على وجهين .

(أحدهما) وهو قول أبى إسحاق المروزى أن هذا خطأ من المزنى فى نقله ، ويجب أن يكون النصف الباقى من الربح للعامل الأول ولا حق فيه للثانى لفساد عقده ، ويرجع على الأول بأجرة مثل عمله ، فجعل الربح بين رب المال والعامل الأول ، ويجعل للثانى أن يرجع بأجرة مثله على الأول . (والوجه الثانى) وهو قول أبى على بن أبى هريرة أن نقل المزنى صحيح ويكون النصف الباقى من الربح بين العاملين نصفين على شرطهما ، لأنه لما جرى على العامل الأول حكم القراض مع رب المال جرى على العامل الأول حكم القراض مع العامل الثانى فهذا حكم قوله الجديد .

(والثانى) وهو قوله فى الجديد : أن ربح المال المغصوب للغاصب ، فعلى هذا لا شيء لرب المال فى الربح وله مطالبة أى العاملين شاء برأس ماله ؛ لأن الأول ضامن بعدوانه والثانى ضامن بيـــده ، وقال أبو حنيفـــة : إن الربح للغاصب دون المغصوب لأن كل نماء حدث عن سبب كان ملك النماء لمالك السبب ، وربح المال المغصوب ناتج عن التقليب والعمل دون المال فاقتضى أن يكون ملكا لمن له العمل دون من له المال ، وهذه هى النظرية الحديثة المعاصرة التى تقول بأن فائض القيمة ناتج عن عمل العامل .

(وأما الثالث) وهو أن يأذن له فى مقارضة غيره ولا يأذن له فى العمل بنفسه فهو وكيل فى عقد القراض مع غيره ، فلم يجز أن يقارض نفسه كوكيل البيع لا يجوز له أن يبايع نفسه . ثم ينظر فإن كان رب المال قد عين له من يقارضه لم يجز أن يعدل عنه إلى غيره وإن لم يعينه له اجتهد رأيه فيمن يراه أهلا لقراضه من ذوى الأمانة والخبرة ، فإن قارض أميناً غير خبير بالتجارة لم يجز ، وإن قارض خبيراً بالتجارة غير أمين لم يجز حتى يجتمع الشرطان ، فإن عدل عن ذلك كان ضامناً . والله أعلم .

فــرع

ليس للعامل أن يكاتب عبد القراض بغير إذن المالك . فإن كاتباه معاً جاز ، وعتق بالأداء ، ثم إن لم يكن فى المال ربح ، فولاؤه للمالك ولا ينفسخ القراض بما جرى من الكتابة على الأصح ، بل ينسحب على النجوم ، وإن كان فيه ربح ، فالولاء بينهما على حسب الشرط ، وما يزيد من النجوم على القيمة ، ربح .

الحكم الثانى : منع مقارضة العامل غيره . فلو قارض بإذن المالك وخرج من الدين [1] وصار وكيلا فى مقارضة الثانى ، صح ، ولا يجوز أن يشرط العامل الأول لنفسه شيئاً من الربح . ولو فعل ، فسد القراض الثانى ، ولعامله أجرة المثل على المالك ، لما سبق أن شرط الربح لغير العامل والمالك ممتنع . وإن أذن [له] فى أن يعامل غيره ليكون ذلك الغير شريكا له فى العمل والربح المشروط له على ما يراه ، فقيل : يجوز كمقارضة شخصين ابتداء ، والأصح : المنع . وإن قارض بغير إذن المالك ، فهو فاسد ، ويجىء فيه قول وقف عقد الفضولى على الاجازة . فإذا قلنا بالمشهور ، فتصرف الثانى فى المال وربح ، فهو كالغاصب إذا اتجر فى المغصوب . فإن تصرف فى عينه ، فتصرف فضولى ، وإن باع سلماً ، أو اشترى فى الذمة وسلم المغصوب فيما التزمه وربح ، فالربح للغاصب فى الجديد ، وللمالك فى القديم . وفى هذا القديم ، أبحاث .

أحدها : هل الربح للمالك جزماً ، أم موقوف على إجازته ؟ قيل : بالوقف كبيع الفضولى على القديم . فعلى هذا ، إن رده ، ارتد ، سواء اشترى فى الذمة ، أم بعين المغصوب ، وقال الأكثرون بالجزم ، وبنوه على المصلحة ، وكيف يصح وقف شراء الغاصب لنفسه على إجازة غيره ، وإنما قول الوقف إذا تصرف فى عين مال الغير أو له ؟

الثانى : أن هذا القول جار فيما إذا كان فى المال ربح وكثرت التصرفات

---

(1) فى نسخة الظاهرية : من البين .

وعسر تتبعها ، فإن سهل وقلت ولا ربح ، فلا مجال له . فإن سهل وهناك ربح ، أو عسر ولا ربح ، فوجهان ، وسواء فى الربح القليل والكثير .

الثالث : لو اشترى فى ذمته ولم يخطر له أن يؤدى الثمن من الدراهم المغصوبة ، ثم خطر له ، قال الامام : ينبغى أن لا يجرى القديم إن صدقه المالك . وهذه المسألة تلقب بمسألة البضاعة ، وقد ذكرناها مختصرة فى أول البيع وفى الغصب . وإذا قلنا بالجديد ، فاشترى بعين مال القراض ، فباطل ، وإن اشترى فى الذمة ، فهل جميع الربح للعامل الثانى لأنه المتصرف كالغاصب ؟ أم للأول لأن الثانى تصرف باذنه كالوكيل ؟ وجهان . أصحهما : الأول ، وعليه للثانى أجرة عمله . وإذا قلنا : بالقديم ، ففيما يستحقه المالك من الربح ؟ وجهان . أحدهما : جميعه كالغصب . فعلى هذا ، للعامل الثانى أجرة عمله . قيل : يأخذها من العامل الأول ، لأنه استعمله ، وقيل : من المالك ، لأن نفع عمله عاد إليه . و [الوجه] الثانى وهو الصحيح : له نصف الربح ، لأنه رضى به ، بخلاف صورة الغصب . فعلى هذا ، فى النصف الثانى أوجه . قيل : كله للعامل الأول ، وللثانى عليه أجرة عمله ، لأنه غره . وقيل : للثانى . وقيل : بينهما بالسوية ، وهو الأصح . وعلى هذا ، فى رجوع الثانى بنصف أجرة المثل ، وجهان . أصحهما : لا ، لأنه أخذ نصف ما حصل لهما ، والوجهان فيما إذا كان الأول قال : على أن ربح هذا المال بيننا ، أو على أن لكل نصفه . فإن كان قال : ما رزقنا الله تعالى [من الربح] فهو بيننا ، فلا رجوع على المذهب ، وبه قطع الأكثرون ، لأن النصف ، هو الذى رزقاه وعن الشيخ أبى محمد ، طرد الوجهين ، لأن المفهوم ، بشطر جميع الربح . وجميع ما ذكرناه إذا كان القراضان على المناصفة ، فإن كانا هما أو أحدهما على نسبة أخرى ، فعلى ما تشارطا . هذا كله إذا تصرف الثانى وربح . أما لو هلك المال فى يده ، فإن كان عالماً بالحال ، فغاصب . وإن ظن العامل مالكاً ، فهو كالمستودع من الغاصب ، لأن يده أمانة . وقيل : كالمتهب من الغاصب ، لعود النفع إليه ، وقد سبق بيانهما ضماناً وقراراً .

الحكم الثالث : منعه السفر بمال القراض ، فليس له السفر به بغير إذن المالك ، وفى قول : له ذلك عند أمن الطريق ، نقله البويطى . فعلى المشهور :

لو سافر ، ضمن المال ، ثم إن كان المتاع بالبلدة التى سافر إليها أكثر قيمة ، أو تساوت القيمتان ، صح البيع ، واستحق الربح بسبب الإذن . وإن كان أقل قيمة ، لم يصح البيع ، إلا أن يكون النقص قدراً يتغابن به . وإذا صححنا البيع ، فالثمن الذى يقبضه مضمون عليه ، بخلاف الوكيل فى البيع إذا تعدى ثم باع ، لا يضمن الثمن الذى يقبضه ، لأنه لم يتعد فيه ، وهنا العدوان بالسفر ، وهو شامل ، ولا تعود الأمانة بالعود من السفر . أما إذا سافر بالإذن ، فلا عدوان ولا ضمان . قال المتولى : ويبيع بما كان يبيعه فى البلد الذى سافر منه ، فإن لم يساو إلا ما دونه ، فإن ظهر [فيه] غرض ، بأن كانت مؤنة الرد أكثر من قدر النقص ، أو أمكن صرف الثمن إلى متاع يتوقع فيه ربحاً ، فله البيع ، وإلا ، فلا يجوز ، لأنه تخسير محض .

قلت : وإذا سافر بالإذن ، لم يجز سفره فى البحر إلا بنص عليه . والله أعلم

أجرة الكيال والوزان والحمال ، فى مال القراض ، وكذا أجرة النقل إذا سافر بالاذن ، وكذا أجرة الحارس والرصدى

فـــرع

لا يجوز للعامل أن يتصدق من مال القراض بشىء أصلا ، ولا أن ينفق منه على نفسه فى الحضر قطعاً . وفى السفر ، قولان . أظهرهما : لا نفقة له ، كالحضر . والثانى : له . وقيل : بالمنع قطعاً . وقيل : بالاثبات قطعاً . فإن أثبتنا ، فالأصح أنه يختص بما يزيد بسبب السفر ، كالخف والاداوة وشبههما . وقيل : يطرد فى كل ما يحتاج إليه من طعام وكسوة وإدام وغيرها .

قلت :وإذا قلنا بالاختصاص ، استحق أيضاً ما يتجدد بسبب السفر من زيادة النفقة ، واللباس ، والكراء ، ونحوها . والله أعلم .

ويتفرع على الاثبات مسائل .

منها : لو استصحب مال نفسه مع مال القراض ، وزعت النفقة على قدر المالين . قال الامام : ويجوز أن ينظر إلى قدر العمل على المالين ، ويوزع على أجرة مثلهما . وقال أبو الفرج السرخسى ما يوزع إذا كان ماله قدراً يقصد السفر له .

قلت : وقد قال بمثل قول السرخسى أبو على فى « الافصاح » ، وصاحب « البيان » . والله أعلم .

ومنها : لو رجع العامل ومعه فضل زاد ، أو آلات أعدها للسفر ، كالمطهرة ونحوها ، لزمه ردها إلى مال القراض على الصحيح .

ومنها : لو استرد المالك المال منه فى الطريق أو فى البلد الذى سافر إليه ، لم يستحق نفقة الرجوع على الأصح ، كما لو خالع زوجته فى السفر .

ومنها : أنه يشترط أن لا يسرف ، بل يأخذ بالمعروف ، وما يأخذه يحسب من الربح ، فإن لم يكن ربح ، فهو خسران لحق المال . ومهما أقام فى طريقه فوق مدة المسافرين فى بلد ، لم يأخذ لتلك المدة .

ومنها : لو شرط نفقة السفر فى ابتداء القراض ، فهو تأكيد إذا أثبتناها ، وإلا ، فسد القراض على الأصح ، كما لو شرط نفقة الحضر . والثانى : لا ، لأنه من مصالح العقد . وعلى هذا ، فى اشتراط تقديرها ، وجهان . وعن رواية المزنى فى « الجامع » أنه لابد من شرط النفقة فى العقد مقدرة ، لكن لم يثبتها الأصحاب .

فصل

هل يملك العامل حصته من الربح بالظهور كالمساقاة ، أم لا يملك إلا بالقسمة ؟ قولان . أظهرهما عند الأكثرين : الثانى . فإن قلنا : بالظهور ، فليس ملكاً مستقراً ، فلا يتسلط العامل على التصرف فيه ، لأن الربح وقاية لرأس المال . فلو اتفق خسران ، كان من الربح دون رأس المال ما أمكن .

ولذلك نقول : إذا طلب أحدهما قسمة الربح قبل فسخ القراض ، لا يجبر الآخر . فإذا ارتفع القراض والمال ناض واقتسماه ، حصل الاستقرار وهو نهاية الأمر . وكذلك لو كان قدر رأس المال ناضاً ، فأخذه المالك واقتسما الباقى . وفى حصول الاستقرار بارتفاع العقد ، ونضوض المال من غير قسمة، وجهان . أصحهما : نعم ، للوثوق بحصول رأس المال ، والثانى : لا ، لأن القسمة الباقية من تتمة عمل العامل . وإن كان المال عرضاً ، بنى على خلاف يأتى إن شاء الله تعالى ، فى أن العامل هل يجبر على البيع والتنضيض ؟ إن قلنا : نعم ، فالمذهب أنه لا استقرار ، إذ لم يتم العمل ، وإلا ، فوجهان ، كما لو كان ناضاً . ولو اقتسما الربح بالتراضى قبل فسخ العقد ، لم يحصل الاستقرار ، بل لو حصل خسران بعده ، كان على العامل جبره بما أخذ .

وإذا قلنا : لا يملك إلا بالقسمة ، فله فيه حق مؤكد حتى يورث عنه ، لأنه وإن لم يملكه ، فقد ثبت له حق التملك ، ويقدم على الغرماء ، لتعلق حقه بالعين ، وله أن يمتنع من العمل بعد ظهور الربح ، ويسعى فى التنضيض ليأخذ منه حقه . ولو أتلف المالك المال ، غرم حصة العامل ، وكان الاتلاف كالاسترداد .

فصل

فيما يقع فى مال القراض من زيادة او نقص

أما الزيادة ، فثمرة الشجرة المشتراة للقراض ، ونتاج الدابة ، وكسب الرقيق ، وولد الجارية ، ومهرها إذا وطئت بشبهة ، وبدل منافع الدواب والأرض ، سواء وجب باستعمالها عدواناً أو باجارة صدرت من العامل ، فإن له الاجارة . فإذا رأى فيها المصلحة ، أطلق الامام الغزالى : أن هذه كلها مال قراض ، لأنها من فوائده ، وقال المتولى : إن كان فى المال ربح ، وملكنا العامل حصته بالظهور ، فالجواب كذلك . فإن لم يكن ربح ، أو لم نملكه ، فمن الأصحاب من قال : مال قراض . وقال جمهورهم : يفوز بها المالك ، لأنها ليست من فوائد التجارة . ويشبه أن يكون هذا أولى . فإن جعلناها مال قراض ، فالأصح أنها من الربح . وقيل : هى شائبة فى الربح

ورأس المال . ولو وطئها المالك ، قال الغزالي وغيره : يكون مسترداً مقدار المهر ، فيستقر نصيب العامل منه ، وقال البغوى : إن كان فى المال ربح وملكناه بالظهور ، وجب نصيب العامل من الربح ، وإلا ، فلا شىء له . واستيلاد المالك جارية القراض ، كاعتاقها . وإذا أوجبنا المهر بوطئه الخالي عن الإحبال ، فالأصح الجمع بينه وبين القيمة . وأما النقص ، فما حصل برخص ، فهو خسران مجبور بالربح . وكذا النقص بالتعيب والمرض الحادثين . وأما النقص العينى ، وهو تلف البعض ، فإن حصل بعد التصرف فى المال بيعاً وشراء ، فقطع الجمهور بأن الاحتراق وغيره من الآفات السماوية ، خسران يجبر بالربح . وفى التلف بالسرقة والغصب ، وجهان . والفرق أن فى الضمان الواجب ما يجبره ، فلا حاجة إلى الجبر بمال القراض ، وطرد جماعة الوجهين فى الآفة السماوية ، والأصح فى الجميع ، الجبر . أما إذا نقص قبل التصرف بيعاً وشراء ، بأن دفع إليه ألفين قراضاً ، فتلف أحدهما قبل التصرف ، فوجهان . أحدهما : أنه خسران ، فيجبر بالربح الحاصل بعد ، ويكون رأس المال ألفين . وأصحهما : يتلف من رأس المال ، ويكون رأس المال ألفاً . ولو اشترى بالألفين عبدين ، فتلف أحدهما ، تلف من الربح على المذهب . وقيل : من رأس المال ، لأنه لم يتصرف بعد بالبيع . هذا إذا تلف بعض المال . أما إذا تلف كله بآفة سماوية قبل التصرف أو بعده ، فيرتفع القراض ، وكذا لو أتلفه المالك كما سبق . فلو أتلف أجنبى جميعه أو بعضه ، أخذ منه بدله واستمر فيه القراض . وما ذكرناه من الخلاف فى الجبر من الربح فى صورة السرقة والغصب ، هو فيما إذا تعذر أخذ البدل من المتلف . ولو أتلف العامل المال ، قال الامام : يرتفع القراض ، لأنه وإن وجب عليه بدله ، فلا يدخل فى ملك المالك إلا بقبضه منه ، وحينئذ يحتاج إلى استئناف القراض . ولك أن تقول : ذكروا وجهين فى أن مال القراض إذا غصب أو أتلف ، فمن الخصم فيه ؟ أصحهما : أنه المالك فقط إن لم يكن فى المال ربح . وهنا جميعاً إن كان ربح . والثانى : أن للعامل المخاصمة مطلقاً حفظاً للمال ، فيشبه أن يكون الجواب المذكور فى إتلاف الأجنبى مفرعاً على أن العامل خصم ، ويتقدر أن يقال : ليس بخصم ، بل إذا خاصم المالك وأخذه ، عاد العامل إلى التصرف فيه بحكم القراض ، [و] لزم مثله فيما إذا كان العامل هو المتلف

فـــرع

لو قتل رجل عبد القراض ، وفى المال ربح ، لم ينفرد أحدهما بالقصاص ، بل الحق لهما ، فإن تراضيا على العفو على مال ، أو على القصاص ، جاز . وإن عفا أحدهما ، سقط القصاص ووجبت القيمة ، هكذا ذكروه وهو ظاهر على قولنا : يملك العامل الربح بالظهور ، وغير ظاهر على القول الآخر . وإن لم يكن فى المال ربح ، فللمالك القصاص والعفو على غـير مال . وكذا لو كانت الجناية موجبة [للمال] ، فله العفو عنه ويرتفع القراض . فإن أخـذ المال ، أو صالح عن القصاص على مال ، بقى القراض فيه .

فـــرع

مال القراض ألف ، اشترى بعينه ثوباً ، فتلف الألف قبل التسليم ، بطل الشراء وارتفع القراض . وإن اشترى فى الذمة ، قال فى « البويطى » : يرتفع القراض ويكون الشراء للعامل ، فقال بعض الأصحاب : هذا إذا كان التلف قبل الشراء ، فإن القراض ، والحالة هذه ، غير باق عنـد الشراء ، فينصرف الشراء إلى العامل . أما لو تلف بعد الشراء ، فالمشترى للمالك . فإذا تلف الألف المعد للثمن ، لزمه ألف آخر . وقال ابن سريج : يقع الشراء عن العامل ، سواء تلف الألف قبل الشراء أو بعده ، وعليه الثمن ويرتفـع القراض ، لأن إذنه ينصرف إلى التصرف فى ذلك الألف ، فإن قلنا بالأول ، فرأس المال ألف ، أم ألفان ؟ وجهان . فإن قلنا : ألف ، فهو الألف الأول ، أم الثانى ؟ وجهان ، فائدتهما عند اختلاف الألفين فى صفة الصحة وغيرها .

فـــرع
فى فسخ القراض والاختلاف فيه

قال الشيخ محيى الدين : فيه طرفان .

الأول : فى فسخه . والقراض جائز ، فإنه فى أوله وكالة ، وبعـد ذلك شركة . إذا حصل ربح ، فلكل منهما فسخه متى شاء ، ولا يحتاج إلى حضور

صاحبه ورضاه . وإذا مات أحدهما ، أو جن ، أو أغمى عليه ، انفسخ . فإذا فسخا جميعاً أو أحدهما ، لم يكن للعامل أن يشترى بعده ، ثم ينظر إن كان المال ديناً ، لزم العامل التقاضي والاستيفاء ، سواء كان ربح ، أم لا . فإن لم يكن ديناً ، نظر إن كان نقداً من جنس رأس المال ولا ربح ، أخذه المالك . وإن كان [1] ربح ، اقتسماه بحسب الشرط ، فإن كان الحاصل مكسرة ، ورأس المال صحاح ، نظر ، فإن وجد من يبدلها بالصحاح وزناً بوزن ، أبدلها ، وإلا ، باعها بغير جنسها من النقد ثم اشترى به الصحاح ، ويجوز أيضاً أن يبيعها بعرض ويشترى به الصحاح على الأصح . وإن كان نقداً من غير جنس المال ، أو عرضاً ، فله حالان .

أحدهما : أن يكون فيه ربح فيلزم العامل بيعه إن طلبه المالك ، وله بيعه وإن أباه المالك ، [وليس] للعامل تأخير البيع إلى موسم رواج المتاع ، لأن حق المالك معجل . ولو قال المالك : تركت حقى لك فلا تكلفنى البيع ، لم يلزمه الاجابة على الأصح ، لأن فى التنضيض مشقة ومؤنة ، فلا يسقط عن العامل . ولو قال المالك : لا تبع ونقتسم العروض بتقويم عدلين ، أو قال : أعطيك قدر نصيبك ناضاً ، ففى تمكن العامل من البيع ، وجهان . وقطع الشيخ أبو حامد وغيره بالمنع ، لأنه إذا جاز للمعير أن يتملك غراس المستعير بقيمته لدفع الضرر ، فالمالك هنا أولى . وحيث لزم البيع ، قال الامام : الذى قطع به المحققون ، أن ما يلزمه بيعه وتنضيضه ، قدر رأس المال . أما الزائد ، فحكمه حكم عرض يشترك فيه رجلان ، فلا يكلف واحد منهما بيعه . ثم ما يبيعه بطلب المالك أو دونه ، يبيعه بنقد البلد إن كان من جنس رأس المال. فإن كان من غير جنسه ، باعه بما يرى المصلحة فيه من نقد البلد ورأس المال، فإن باعه بنقد البلد ، حصل به رأس المال .

الحال الثانى : إذا لم يكن فى المال ربح ، فهل للمالك تكليفه البيع ؟ وجهان أصحهما : نعم ، ليرد كما أخذ لئلا يلزم المالك مشقة ومؤنة . وهل للعامل البيع إذا رضى المالك بامساكه ؟ وجهان حكاهما الامام . أحدهما :

---

(1) « كان » هنا تامة ، أى : وان وجد ربح .

لا ، إذ لا فائدة ، والصحيح وبه قطع الجمهور : له البيع إذا توقع ربحاً ، بأن ظفر بسوق أو راغب . وإذا قلنا : ليس للعامل البيع إذا أراد المالك إمساك العرض ، أو اتفقا على أخذ المالك العرض ، ثم ظهر ربح بارتفاع السوق ، فهل للعامل فيه نصيب ، لحصوله بكسبه ؟ أم لا ، لظهوره بعد الفسخ ؟ وجهان . أصحهما : الثاني .

فـــرع

كما يرتفع القراض بقول المالك : فسخته ، يرتفع بقوله للعامل : لا تتصرف بعد هذا ، أو باسترجاع المال منه . فلو باع المالك ما اشتراه العامل للقراض ، فهل ينعزل كما لو باع الموكل ما وكل في بيعه ؟ أم لا ويكون ذلك إعانة له ؟ وجهان . أصحهما : الثاني . ولو حبس العامل ومنعه التصرف، أو قال : لا قراض بيننا ، ففي انعزاله وجهان .

قلت : ينبغي أن يكون [الأصح] في صورة الحبس ، عدم الانعزال ، وفي قوله : لاقراض بيننا ، الانعزال . والله أعلم .

فـــرع

إذا مات المالك والمال ناض لا ربح فيه ، أخذه الوارث . فإن كان ربح ، اقتسماه . وإن كان عرَضاً ، فالمطالبة بالبيع والتنضيض كحالة حصول الفسخ في حياتهما ، وللعامل البيع هنا حيث كان له البيع هناك ، ولا يحتاج إلى إذن الوارث اكتفاء بإذن المورث ، بخلاف ما لو مات العامل ، فإنه لا يملك وارثه البيع دون إذن المالك ، لأنه لم يرض بتصرفه . وفي وجه : لا يبيع العامل بغير إذن وارث المالك . والصحيح : الجواز . ويجري الخلاف في استيفائه الديون بغير إذن الوارث . ولو أراد الاستمرار على العقد ، فإن كان المال ناضاً ، فلهما ذلك بأن يستأنفا عقداً بشرطه ، ولا بأس بوقوعه قبل القسمة لجواز القراض على المشاع ، ولذلك يجوز القراض مع الشريك بشرط أن لا يشاركه في اليد ، ويكون للعامل ربح نصيبه ، ويتضاربان في ربح نصيب

الآخر . وهل ينعقد بلفظ الترك والتقرير ، بأن يقول الوارث ، أو القائم بأمره : تركتك أو قررتك على ما كنت عليه ؟ وجهان . أصحهما : نعم ، لفهم المعنى ، وليكن الوجهان تفريعاً على أن القراض ونحوه لا ينعقد بالكناية . فأما إذا قلنا : ينعقد [به] ، فينبغي القطع بالانعقاد هنا ، وإن كان المال عرضاً ، ففي جواز تقريره على القراض وجهان . أصحهما : المنع ، لأن القراض الأول انقطع بالموت ، ولا يجوز ابتداء القراض على عرض . والأشبه ، أن يختص الوجهان بلفظ الترك والتقرير ، ولا يسامح باستعمال الألفاظ التي تستعمل في الابتداء . وحكى الامام فيما إذا فسخ القراض في الحياة طريقة طاردة للوجهين ، وطريقة قاطعة بالمنع ، وهي الأشهر . فأما إذا مات العامل واحتيج إلى البيع والتنضيض ، فإن أذن المالك لوارث العامل فيه ، فذاك ، وإلا ، تولاه أمين من جهة الحاكم ، ولا يجوز تقرير وارثه على القراض إن كان المال عرضاً قطعاً ، فإن كان ناضاً ، فلهما ذلك بعقد مستأنف . وفي لفظ التقرير ، الوجهان السابقان ، ويجريان أيضاً فيما إذا انفسخ البيع الجاري بينهما ثم أرادا إعادته ، فقال البائع : قررتك على موجب البيع الأول ، وقبل صاحبه ، وفي النكاح ، لا يصح مثله .

فرع

كان رأس مال الميت مائة ، والربح مائتين ، وجدد الوارث العقد مع العامل مناصفة كما كان بلا قسمة ، فرأس مال الوارث مائتان من ثلاث المائة ، والمائة الباقية للعامل ، فعند المقاسمة ، يأخذها وقسطها من الربح ، ويأخذ الوارث رأس ماله مائتين ، ويقتسمان ما بقي .

قلت : إذا جنا أو أغمي عليهما أو أحدهما ، ثم أفاقا وأرادا عقد القراض ثانياً ، قال في « البيان » : الذي يقتضيه المذهب ، أنه كما لو انفسخ بالموت ، وهو كما قال . والله أعلم .

فرع

إذا استرد المالك طائفة من المال ، فإن كان قبل ظهور الربح والخسران ، رجع رأس المال إلى القدر الباقي . وإن ظهر ربح ، فالمسترد شائع ربحاً

وخسراناً على النسبة الحاصلة من جملتى الربح ورأس المال ، ويستقر ملك العامل على ما يخصه بحسب الشرط مما هو ربح منه ، فلا يسقط بالخسران الواقع بعده . وإن كان الاسترداد بعد ظهور الخسران ، كان موزعاً على المسترد والباقى ، فلا يلزم جبر حصة المسترد من الخسران ، ويصير المال هو الباقى بعد المسترد وحصته من الخسران .

مثال الاسترداد بعد الربح : كان رأس المال مائة ، وربح عشرين ، واسترد عشرين ، فالربح سدس المال ، فيكون المسترد سدسه ربحاً ، وهو ثلاثة دراهم وثلث ، ويستقر ملك العامل على نصفه إذا كان الشرط مناصفة ، وهو درهم وثلثا درهم . فلو عاد ما فى يده إلى ثمانين ، لم يسقط نصيب العامل ، بل يأخذ منها درهماً وثلثى درهم .

ومثال الاسترداد بعد الخسران : كان رأس المال مائة ، وخسر عشرين ، واسترد عشرين ، فالخسران موزع على المسترد والباقى ، فتكون حصة المسترد خمسة لا يلزم جبرها ، بل يكون رأس المال خمسة وسبعين ، فما زاد بعد ذلك عليها قسم [بينهما] .

إحداها : ادعى العامل تلف المال ، صدق بيمينه ، فلو ذكر سبب التلف ، فسيأتى بيانه فى كتاب الوديعة إن شاء الله تعالى .

الثانية : لو ادعى الرد ، صدق بيمينه على الأصح .

الثالثة : قال : ما ربحت ، أو ما ربحت إلا ألفاً ، فقال المالك : ألفين ، صدق العامل بيمينه . فلو قال : ربحت كذا ، ثم قال : غلطت فى الحساب ، إنما الربح كذا ، أو تبينت أن لا ربح ، أو [قال] : كذبت فيما قلت خوفاً من انتزاع المال من يدى ، لم يقبل قوله . ولو قال : خسرت بعد الربح الذى أخبرت عنه ، قبل منه . قال المتولى : وذلك عند الاحتمال ، بأن حدث كساد ، فإن لم يحتمل ، لم يقبل . ولو ادعى الخسارة عند الاحتمال ، أو التلف بعد قوله : كنت كاذباً فيما قلت ، قبل أيضاً ، ولا تبطل أمانته بذلك القول السابق ، هكذا نص عليه ، وقاله الأصحاب .

الرابعة : قال : اشتريت هذا للقراض ، فقال المالك : بل لنفسك ، فالقول قول العامل على المشهور ، وفى قول : قول المالك ، لأن الأصل عدم وقوعه عن القراض . ولو قال : اشتريته لنفسى ، فقال : بل للقراض ، صدق العامل بيمينه قطعاً . فلو أقام المالك بينة أنه اشتراه بمال القراض ، ففى الحكم بها وجهان . وجه المنع : أنه قد يشترى لنفسه بمال القراض عدواناً ، فيبطل العقد .

الخامس : قال المالك : كنت نهيتك عن شراء هذا ، فقال : لم تنهنى ، صدق العامل .

السادسة : قال : شرطت لى نصف الربح ، فقال : بل ثلثه ، تحالفا كالمتبايعين ، فإذا حلفا ، فسخ العقد ، واختص الربح والخسران بالمالك ، وللعامل أجرة مثل عمله . وفى وجه : أنها إن كانت أكثر من نصف الربح ، فليس له إلا قدر النصف ، لأنه لا يدعى أكثر .

قلت : وإذا تحالفا ، فهل ينفسخ بنفس التحالف ، أم بالفسخ ؟ حكمه حكم البيع كما مضى ، قاله فى « البيان » .

والله أعلم

السابعة : اختلفا فى قدر رأس المال ، فالقول قول العامل إن لم يكن المال ربح ، وكذا إن كان على الأصح . وقيل : يتحالفان . ولو قارض رجلين على أن نصف الربح له ، والباقى بينهما سواء ، فربحا ، ثم قال المالك : دفعت إليكما ألفين ، وصدقه أحدهما ، وقال الآخر : بل ألفاً ، لزم المقر ما أقر به ، وحلف الآخر وقضى له بموجب قوله . ولو كان الحاصل ألفين ، أخذ المنكر ربع الألف الزائد على ما أقر به ، والباقى يأخذه المالك . ولو كان الحاصل ثلاثة آلاف ، فالمنكر يزعم أن الربح ألفان ، له منهما خمسمائة ، فتسلم له ، ويأخذ المالك من الباقى ألفين عن رأس المال ، يبقى خمسمائة يتقاسماها ــ المالك والمقر ــ أثلاثاً ، لاتفاقهم على أن ما يأخذه المالك مثلا ما يأخذه كل عامل ، وما أخذ المنكر ، كالتالف . ولو قال المالك : رأس المال دنانير ، فقال العامل : بل دراهم ، صدق العامل .

الثامنة : اختلفا فى أصل القراض ، فقال المالك : دفعت إليك لتشترى لى بالوكالة ، وقال القابض : بل قارضتنى ، فالمصدق المالك . فإذا حلف أخذ المال وربحه ، ولا شىء عليه للآخر .

قلت : لو دفع إليه ألفاً ، فتلف فى يده ، فقال : دفعته قرضاً ، فقال العامل : بل قراضاً ، قال فى « العدة » و « البيان » : بينة العامل أولى فى أحد الوجهين . والله أعلم .

فى احكام القراض الصحيح

هى ثلاثة أبواب .

الأول : تقيد تصرف العامل بالمصلحة كتصرف الوكيل ، ثم قد تقتضى المصلحة التسوية بينهما ، وقد تقتضى الفرق ، فبيع العامل وشراؤه بالغبن كالوكيل ، ولا يبيع أيضاً نسيئة ، ولا يشترى بها . فإن أذن المالك فى البيع نسيئة ، ففعل ، وجب الاشهاد ، فإن تركه ، ضمن ، ولا حاجة إليه فى البيع حالا لأنه يحبس المبيع إلى استيفاء الثمن ، ولو سلمه قبل استيفائه ، ضمن ، كالوكيل . فإن كان مأذونا له فى التسليم قبل قبض الثمن ، سلمه ، ولم يلزمه الاشهاد ، لأن العادة ترك الاشهاد فى البيع الحال ، ويجوز للعامل البيع بالعرض ، بخلاف الوكيل ، لأنه من مصالح القراض ، وكذا له شراء المعيب إذا رأى فيه ربحاً ، فإن اشتراه بقدر قيمته ، قال المتولى : فى صحته وجهان ، لأن الرغبات تقل فى المعيب .

قلت : الأصح : الجواز إذا رأى المصلحة . والله أعلم

وإن اشترى شيئاً على ظن السلامة ، فبان معيباً ، فله أن ينفرد برده إن كانت فيه غبطة ، ولا يمنعه [منه] رضى المالك ، بخلاف الوكيل ، لأن العامل صاحب حق فى المال . وإن كانت الغبطة فى إمساكه ، لم يكن له رده على الأصح ، لإخلاله بالمقصود . وحيث ثبت الرد للعامل ، فللمالك أولى . قال الامام : ثم العامل يرد على البائع وينقض البيع . وأما المالك ، فإن كان

الشراء بعين مال القراض ، فكمثل ، وإن كان فى الذمة ، فيصرفه المالك عن مال القراض . وفى انصرافه إلى العامل ما سبق فى انصراف العقد إلى الوكيل إذا لم يقع للموكل . ولو تنازع المالك والعامل فى الرد وتركه ، عمل بالمصلحة .

فــرع

على العامل أن يتولى ما جرت العادة به من نشر الثياب وطيها وذرعها وإدراجها فى السقط وإخراجها ووزن ما يخف كالذهب والمسك والعود وقبض الثمن وحمله وحفظ المتاع على باب الحانوت ، وفى السفر بالنوم عليه ونحوه ، وليس عليه وزن الأمتعة الثقيلة وحملها ، ولا نقل المتاع من الخان إلى الحانوت والنداء عليه ثم ما عليه أن يتولاه لو استأجر عليه ، فالأجرة فى ماله ، وما ليس عليه أن يتولاه ، له أن يستأجر عليه من مال القراض . ولو تولاه بنفسه ، فلا أجرة له .

فــرع

لا يجوز للمالك معاملة العامل ، بأن يشترى من مال القراض شيئاً ، لأنه ملكه كالسيد مع المأذون له .

فــرع

لا يجوز أن يشترى للقراض بأكثر من رأس المال . فلو فعل ، لم يقع ما زاد عن جهة القراض . فلو دفع إليه مائة قراضاً ، فاشترى عبداً بمائة ، ثم آخر بمائة للقراض أيضاً ، لم يقع الثانى للقراض ، بل ينظر إن كان اشتراه بعين المائة فالشراء باطل ، سواء اشترى الأول بعين المائة أو فى الذمة وإن اشتراه فى الذمة ، انصرف إلى العامل حيث ينصرف شراء الوكيل المخالف إليه . وإذا انصرف إليه ، فصرف مائة القراض فى ثمنه ، فقد تعدى ، ودخلت المائة فى ضمانه ، لكن العبد الأول يبقى أمانة فى يده ، لأنه لم يتعد فيه . فإن تلفت المائة والشراء الأول بعينها ، انفسخ ، وإن كان فى الذمة ، لم ينفسخ ،

وثبت للمالك على العامل مائة ، والعبد الأول للمالك ، وعليه لبائعه مائة ، فإن أداها العامل بإذن المالك ، وشرط الرجوع ، ثبت له مائة على المالك ، ووقع الكلام فى التقاص . وإن آداها بغير إذنه ، برىء المالك عن حق صاحب العبد ، ويبقى حقه على العامل .

فــــرع

لو وكل بشراء عبد ، فاشترى الوكيل من يعتق على الموكل ، صح ووقع عن الموكل على المذهب ، وبه قطع الجمهور ، لأن اللفظ شــامل ، بخــلاف القراض ، فإن مقصوده الربح فقط ، ونقل الامام وجهاً : أنه لا يقع للموكل ، بل يبطل الشراء إن اشترى بعين المال ، ويقع عن الوكيل إن كان فى الذمة .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصــــلٌ ولا يتجر العاملُ الا فيما اذن فيه رب المالِ فان اذن له فى صنف لم يتجر فى غيره ، لان تصرفه بالاذن فلم يملك ما لم ياذن له فيه ، فان قالَ له : اتجر فى البز جاز ان يتجر فى اصناف البز من المنسوج من القطن والابريسم والكتان وما يلبس من الأصواف لان اسم البز يقع على ذلك كله ، ولا يجوز ان يتجر فى البسط والفرش لانه لا يطلق عليه اسم البز ، وهلَ يجوز أن يتجر فى الاكسية البركانية ؟ فيه وجهان :

(احدهما) يجوز لانه يلبس فاشبه الثياب (والثانى) لا يجوز لانه لا يطلقُ عليه اسم البز . ولهذا لا يقالُ لبائعه بزاز ، وانما يقالُ له : كسائى ، ولو اذن له فى التجارة فى الطعام لم يجز ان يتجر فى الدقيقِ ولا فى الشعير ، لان الطعــام لا يطلق الا على الحنطة .

فصـــلٌ ولا يشترى العاملُ باكثر من راس المالِ ؛ لان الاذن لم يتناول غير راس المالِ . فان كان راس المالِ الفاً فاشترىَ عبداً بالف ، ثم اشترىَ آخر بالف قبلَ ان ينقد الثمن فى البيع الاول فالاولَ للقراض لانه اشتراه بالاذن واما الثــانى فينظر فيه فان اشتراه بعين الالف فالشراء باطلٌ ، لانه اشتـــراه بمالٍ استحق تسليمه فى البيع الاولَ فلم يصح ، وان اشتراه بالف فى الذمة كان العبد له ويلزمه الثمن فى ماله لانه اشترىَ فى الذمة لغيره ما لم ياذن فيه فوقع الشراء .

(فصـــل) ولا يتجر الا على النظر والاحتياط فلا يبيع بدون ثمن المثل ولا بثمن مؤجل لأنه وكيل فلا يتصرف الا على النظر والاحتياط ، وان اشترى معيباً رأى شراءه جاز لأن المقصود طلب الحظ وقد يكون الربح في المعيب ، وان اشترى شيئاً على أنه سليم فوجده معيباً جاز له الرد ، لأنه فوض اليه النظر والاجتهاد فملك الرد .

فصـــل وان اختلفا فدعا احدهما الى الرد والآخر الى الامساك فعل ما فيه النظر لأن المقصود طلب الحظ لهما ، فاذا اختلفا حمل الأمر على ما فيه الحظ .

فصـــل وان اشترى من يعتق على رب المال بغير اذنه لم يلزم رب المال لأن القصد بالقراض شراء ما يربح فيه وذلك لا يوجد في شراء من يعتق عليه وان كان رب المال امرأة فاشترى العامل زوجها بغير اذنها ففيه وجهان :

(احدهما) لا يلزمها لأن المقصود شراء ما تنتفع به وشراء الزوج تستضر به لأن النكاح ينفسخ وتسقط نفقتها واستمتاعها .

(والثاني) يلزمها لأن المقصود بالقراض شراء ما يربح فيه والزوج كغيره في الربح فلزمها شراؤه .

فصـــل ولا يسافر بالمال من غير اذن رب المال لأنه مأمور بالنظر والاحتياط وليس في السفر احتياط ، لأن فيه تغريراً بالمال ، ولهذا يروى « ان المسافر ومتاعه لعلى قلت » فان اذن له في السفر فقد قال في موضع له ان ينفق من مال القراض ، وقال في موضع آخر لا نفقة له ، فمن أصحابنا من قال لا نفقة له قولا واحداً لأن نفقته على نفسه فلم تلزم من مال القراض كنفقة الاقامة ، وتأول قوله على ما يحتاج اليه لنقل المتاع وما يحتاج اليه مال القراض . ومنهم من قال : فيه قولان :

(احدهما) لا ينفق لما ذكرناه .

(والثاني) ينفق لأن سفره لأجل المال فكان نفقته منه كأجرة الحمال .

فان قلنا : ينفق من مال القراض ففي قدره وجهان :

(احدهما) جميع ما يحتاج اليه ، لأن من لزمه نفقة غيره لزمه جميع نفقته .

(والثاني) ما يزيد على نفقة الحضر لأن النفقة انما لزمته لأجل السفر فلم يلزمه الا ما زاد بالسفر .

(فصـــل) وان ظهر في المال ربح ففيه قولان :

(احدهما) ان الجميع لرب المال فلا يملك العامل حصته من الربح الا بالقسمة لانه لو ملك حصته من الربح لصار شريكا لرب المال حتى اذا هلك شيء كان هالكا من المالين ، فلما لم يجعل التالف من المالين دل على انه لم يملك منه شيئا .

(والثانى) ان العامل يملك حصته من الربح لانه احد المتقارضين فملك حصته من الربح بالظهور كرب المال .

(فصـــل) وان طلب احد المتقارضين قسمة الربح قبل المفاصلة فامتنع الآخر لم يجبر لانه ان امتنع رب المال لم يجز اجباره لانه يقـول الربح وقاية لرأس المال فلا اعطيك حتى تسلم لى راس المـال ، وان كان الذى امتنع هـو العامل لم يجز اجباره لانه يقول : لا نامن ان نخسر فنحتاج ان نرد ما اخذه ، وان تقاسما جاز لان المنع لحقهما وقد رضيا ، فان حصل بعد القسمة خسران لزم العامل ان يجبره بما اخـذ ، لانه لا يســتحق الربح الا بعد تسليمه راس المال .

فصـــل وان اشترى العامل من يعتق عليه فان لم يكن فى المال ربح لزم الشراء فى مـال القـراض ، لانه لا ضرر فيــه على رب المال ، فان ظهر بعـد ما اشتراه ربح ـ فان قلنا : انه لا يملك حصته قبل القســمة ـ لم يعتق ، وان قلنا : انه يملك بالظهور فهل يعتق بقدر حصته ؟ فيه وجهان :

(احدهما) انه يعتق منه بقدر حصته لانه ملكه فعتق .

(والثانى) لا يعتق لان ملكه غير مستقر ، لانه ربما تلف بعض المال فلزمه جبرانه بماله ، وان اشترى وفى المال ربح ، فان قلنا انه لا يعتق عليه صــح الشراء لانه لا ضرر فيه على رب المال ، وان قلنـا يعتق لم يصــح الشراء لان المقصود بالقراض شراء ما يربح فيه ، وهذا لا يوجد فيمن يعتق عليه) .

الشرح اشترى العامل من يعتق على المالك ، فإما أن يشتريه بإذنه ، وإما بغيره .

الحال الأول : بإذنه ، فيصح . ثم إن لم يكن فى المال ربح ، عتـق على المالك وارتفع القراض إن اشتراه بجميع مال القراض ، وإلا ، فيصير الباقى رأس مال . وإن كان فى المال ربح ، بنى على أن العامل متى يملك نصـيبه من الربح ؟ إن قلنا : بالقسمة ، عتق أيضاً ،وغرم المالك نصيبه من الربح ، وكأنه استرد طائفة من المال بعد ظهور الربح ، وإن قلنا : يملك بالظهور ،

عتق منه حصة رأس المال ونصيب المالك من الربح ، وسرى إلى الباقى إن كان موسراً ويغرمه ، وإن كان معسراً ، بقى رقيقاً . وفى وجه : إذا كان فى المال ربح وقد اشتراه ببعض المال ، نظر ، إن اشتراه بقدر رأس المال ، عتق وكأن المالك استرد المال ، والباقى ربح يتقاسمانه ، وإن اشتراه بأقل ، حسب من رأس المال ؛ أو بأكثر ، حسب قدر رأس المال من رأس المال والزيادة من حصة المالك ما أمكن . والصحيح الأول . ولو أعتق المالك عبداً من مال القراض ، فهو كشراء العامل من يعتق عليه بإذنه .

الحال الثانى: يشتريه بغير إذنه ، فلا يقع [الشراء] عن المالك بحال ، إذ لا مصلحة فيه للقراض ، ثم إن اشتراه بعين مال القراض ، بطل من أصله . وإن كان فى الذمة ، وقع عن العامل ، ولزمه الثمن من ماله . فإن أداه من مال القراض ، ضمن .

فـــرع

قال فى « المختصر » لو دفع إليه ألفاً وقال : اشتر بها هروياً أو مروياً بالنصف ، فهو فاسد . واختلفوا فى سبب فساده ، فالأصح،وفى سياق الكلام ما يقتضيه : أنه تعرض للشراء دون البيع ، وهذا تفريع على الأصح ، أن التعرض للشراء لا يغنى عن التعرض للبيع ، بل لابد من لفظ المضاربة ونحوها لتناول البيع والشراء ، أو [من] لفظ البيع والشراء جميعاً . وإذا اقتصر على الشراء ، فللمدفوع إليه الشراء دون البيع ، ، والربح كله للمالك ، والخسران عليه . وقيل : يكفى التعرض للشراء ، ويتضمن الاذن فى البيع بعده ، وقيل : إذا أتى بلفظ المضاربة أو القراض كان كقوله : اشتر ، من غير تعرض للبيع . والصحيح : الصحة . وقيل : سببه أنه لم يبين لمن النصف . واعترض ابن سريج على هذا ، بأن الشرط ينصرف إلى العامل ، لأن المالك يستحق بالمال ، لا بالشرط . وقال ابن أبى هريرة : سبب الفساد ، أنه لم يعين أحد النوعين ، ولا أطلق التصرف فى أنواع الأمتعة . واعترض القاضى حسين عليه ، بأنه لو عين أحدهما ، حكمنا بالصحة ، فإذا ذكرهما على الترديد ، زاد العامل بسطة وتخييراً ، فهو أولى بالصحة .

قلت : هـذا الاعتراض ليس بمقبول ، لأن حاصـله أنه حمل لفظة « أو » على التخيير ، وابن أبى هريرة ينكر ذلك ويقـول : إنمـا أذن له فى أحدهما وشك فى المراد . والله أعلم

وقيل : سببه أن القراض إنما يصح إذا أطلق التصرف فى الأمتعة ، أو عين جنساً يعم وجوده ، والهروى والمروى ليسا كذلك ، وكأن هذا القائل يقرضه فى بلد لا يعمان فيه . وقال الامام : يجوز أن يكون سببه أنه أرسل ذكر النصف ولم يقل : نصف الربح .

فـــرع

اشترى العامل من يعتق عليه ، فإن لم يكن فى المال ربح ، صح ولم يعتق كالوكيل يشترى أباه لموكله ، ثم إن ارتفعت الأسعار وظهر ربح ، بنى على القولين فى أن العامل متى يملك الربح ؟ إن قلنا : بالقسـمة ، لم يعتق منـه شىء . وإن قلنا : بالظهور ، عتق عليه بقدر حصته على الأصـح . وقيل : لا يعتق ، لعدم استقرار ملكه . فإن قلنا : بالأصح ، ففى السراية وتقـويم الباقى عليه إن كان موسراً ، وجهان . أصحهما وبه قال الأكثرون : تثبت كما لو اشتراه وفيه ربح وقلنا : يملك بالظهور . وإن كان فى المال ربح ، سواء كان حاصلا قبل الشراء ، أو حصل بنفس الشراء بأن كان رأس المال مائة ، فاشترى بها أباه وهو يساوى مائتين ، فإن قلنا : يملك الربح بالقسمة ، صح الشراء ولم يعتق ، وإلا ، ففى صحة الشراء فى قدر حصته من الربح ، وجهان . أصحهما : الصحة : لأنه مطلق التصرف فى ملكه . والثانى : لا ، لأنه يخالف غرض الاسترباح . فإن منعنا ، ففى الصحة فى نصيب المالك قولا الصفقة ، وإن صححنا ، ففى عتقـه عنـه الوجهان السـابقان . فإن قلنا : يعتق ، فإن كان موسراً ، سرى العتـق إلى البـاقى ولزمه الغرم ، لأنه مختـار فى الشراء ، وإلا ، فيبقى الباقى رقيقاً . هذا كله إذا اشترى بعين مال القراض. فأما إن اشترى فى الذمة للقراض ، فحيث صححنا الشراء بعين مال القراض ، أوقعناه هنا عن القراض وحيث لم نصحح هناك ، أوقعناه هنا عن العامل ، وعتق عليه . وحكى قول : أنه إذا أطلق الشراء ولم يصرفه إلى القراض

لفظاً ، ثم قال : كنت نويته ، وقلنا : إنه إذا وقع عن القراض لا يعتق منه شيء ، لم يقبل قوله ، لأن الذى جرى عقد عتاقه ،فلا يقبل رفعه .

فــرع

اشترى زوجة المالك ، أو زوجها بلا إذن ، قيــل : يصنــح . والأصــح المنصوص ، المنع كمن يعتق عليه ، لأنه لو صح لانفسخ النكاح وتضرر ، وإنما قصد بالإذن ما فيه حظ . فعلى هذا ، هو كما لو اشــترى من يعتق عليــه بلا إذن .

فـــرع قد ذكرنا أن القراض خاص وعام ، أما العام فهو أن يطلق تصرف العامل فى كل ما يرجو فيه ربحاً ، فهذا جائز على عموم التصرف ، وأما الخاص فهو أن يختص بالعامل على نوع واحد فهو على ثلاثة أضرب :

(أحدها) ما يوجد فى عموم الأحوال كالحنطة والبر فيجوز ، ويكون مقصور التصرف على النوع الذى أذن فيه ، فلو أذن له أن يتجر فى البز جاز له أن يتجر فى صنوف البز كلها وجاز أن يتجر فى القطن والكتان والحــرير والصوف ولا يجوز أن يتجر فى البسط والفرش وهل يجــوز أن يتجر فى الثياب والأكسية أم لا ؟ على وجهين :

(أحدهما) يجوز لأنها ملبوسة (والثانى) لا يجوز لخروجها عن اسم البز فلو أذن له أن يتجر فى الطعام اقتصر على الحنطة وحدها دون الدقيق . وقال محمد بن الحسن : يجوز أن يتجر فى الحنطة والدقيق ، وعنــدى أن تصنيف السلع يمكن أن تقوم على ما جرى العرف بتناسقه وانسجامه واعتبار التاجر فيه جامعاً لما يندرج تحته بالعرف لمفردات المجمــوعة من الأصــناف المتشابهة التى يتجر فيها فلو أذن له فى البقالة اندرج تحت هذا الاسم أنواع الجبن والزيتون والمعلبات والصابون والمأكولات المجففة .

وإذا أذن له فى الخردوات (البازار) اندرج تحت هذا الاسم مجموعة من الأصناف كالخيوط والأشرطة والعطور وما أشبه ذلك . وهكذا فى كل

مجموعة من السلع المتشابهة يطلق على من يتجر فيها اسم عندما يسمعه المرء مثلت للذهن أصناف متجره بغير عناء فإذا أذن له فى فتح محل (حاتى) [1] فلا يفتح (مسمطاً ولا فوالا ولا طباخاً) وإن كانت كلها مأكولات ، ولكن العرف حدد لكل نوع منها اسمه الذى لا يختلط بغيره وهكذا .

فإذا أذن له فى أن يتجر فيما ندر وجوده وعز مطلبه ، كالياقوت الأحمر والخيل البلق والعبيد الخصيان فالقراض باطل سواء وجده أو لم يجده ، لأنه على غير ثقة من وجوده . فإذا أذن له أن يتجر فى ثمار موسمية كالثمار والفواكه فينظر فى عقد القراض ، فإن كان فى غير أوان تلك الثمار فالقراض باطل ، فإن جاءت تلك الثمار من بعد لم يصح القراض بعد فساده ، وإن كان ذلك فى أوان الثمار وإبانها فالقراض جائز ما كانت تلك الثمار باقية ، فإن انقطعت ففى القراض وجهان :

(أحدهما) قد بطل بانقطاعها ، وليس له فى العام المقبل أن يتجر فيها إلا بإذن وعقد مستجد .

(والوجه الثانى) أن القراض على حاله ما لم يصرح بفسخه فى كل عام أتت فيه تلك الثمرة فيتجر فيها بالعقد الأول . أما إذا كان انقطاعه فى العام قليلا فالقراض على وجهه وحاله .

فــــرع إذا تقرر أنه لا يشترى إلا فى حدود رأس المال المأذون فيه كان ممنوعاً من البيع والشراء نسيئة فإذا عاقد بالنساء فذلك نوعان بيع وشراء فالشراء ضربان :

(أحدهما) أن يشترى بالنساء فى مال القراض فيكون الشراء باطلا .

(والثانى) أن يشترى بالنساء فى ذمته فيكون الشراء لازما له ، وأما البيع فباطل ولا ضمان عليه ما لم يقبضه فان قبضه ضمنه حينئذ بالإقباض ،

---

(١) فى لغة عوام المصريين بائع الشواء يسمى (حاتى) ومحل الرأس والكراع مطبوخة بالمرق يسمى (مسمط) .

وعليه استرجاعه ما كان باقيا ، فإن تلف فلرب المال أن يأخذ بضمانه وغرمه من شاء من العامل أو المشترى ، فإن أغرم العامل رجع بما غرمه على المشترى وإن أغرم المشترى لم يرجع على العامل لأن الغرم ثبت على من كان فى يده التلف .

فلو قال رب المال للعامل : اعمل فى القراض برأيك لم يجز أن يعاقد بالنساء وإذا قارضه على غير مال ليشترى بالنساء فإن القراض باطل لأنه يصح فى الأعيان ولا يصح فى الذمم ، ولو قارضه على مال فأذن له فى الشراء بالنساء لم يكن للعامل أن يشترى نساء بأكثر من مال القراض قدراً لأن ما زاد عليه خارج منه .

فـــرع لا يجوز له أن يبيع بأقل من ثمن المثل إلا إذا كان عن رغبة فى تأليف المبتاعين وترويج السلعة والقناعة بالقليل من الربح مادام يتصرف على النظر والاحتياط وتوخى ما فيه الحظ له ولصاحبه بشرط أن لا يكون كثيراً لا يتغابن الناس بمثله .

فـــرع قال الشافعى : ومتى شاء رب المال أخذ ماله قبل العمل وبعده ومتى شاء العامل أن يخرج من القراض يخرج منه ، وقد سبق أن قررنا أن القراض عقد جواز وليس عقد لزوم فلكل واحد من رب المال والعامل أن ينفرد بالفسخ قبل العمل وبعده مع وجود الربح أو حدوث الخسران ، فإذا فسخها أحدهما انفسخت فصار كاجتماعهما على قسمها ، فإذا كان المال من جنس رأس المال فالعامل ممنوع من التصرف فيه ببيع أو شراء سواء كان هو الفاسخ أو صاحبه ، ثم نظر فإن كان فيه فضل تقاسماه على شرطهما ، وإن لم يكن فيه فضل أو كان فيه خسران أخذه رب المال ولا شيء فيه للعامل ، وإن كان من غير جنس رأس المال فحكم هذا كحكمه لو كان عرضاً ، ولهما فى العرض بعد فسخ القراض أربعة أحوال .

(أولها) أن يجتمعا على بيعه فيلزم العامل أن يبيعه لأنه من لوازم عقده فإذا قضى ثمنه أخذ رب المال ماله فضلا إن كان فيه .

(ثانيها) أن يتفقا على ترك بيعه فهذا على نوعين :

أحدهما : لا يكون فى ثمنه ــ لو بيع ــ فضل ، فقد سقط حق العامل منه فصار العرض ملكا لرب المال بزيادته ونقصه ، فإن زاد ثمنه بعد ترك العامل له لم يكن له حق فى زيادته لخروجه بالترك عن قراضه .

والنوع الثانى : أن يكون فى ثمنه فضل لو بيع عند تركه نظر فى تـرك العامل فإن كان قد تركه إسقاطا لحقه فقد صار العرض بزيادته ونقصه ملكا لرب المال ولا شىء للعامل فيه ؛ وإن كان قد ترك تأخير البيع فهو على حقه من فضل ثمنه وله بيعه متى شاء .

(ثالثها) أن يدعو العامل إلى بيعه ويمنعه رب المال منه فهذا على ضربين

(أحدهما) أن لا يرجو فى ثمنه فضلا ، ولا يأمل ربحاً فليس له بيعه ، ويمنع منه لأنه لا يستفيد ببيعه شيئاً .

(والضرب الثانى) أن يرجو فى ثمنه فضلا ويأمـل ربحاً فله بيعه وليس لرب المال أن يمنعه ليصل بالبيع إلى حقه من الربح ، فلو بذل له رب المال حصته من ربحه ففى منعه من بيعه وجهان مخرجان من اختلاف قولين فى سيد العبد الجانى إذا امتنع المجنى عليه من بيعه وبذل له قدر قيمته .

(أحدهما) يمنع المجنى عليه من بيعه لوصوله إلى قيمته ويمنع العامل من بيع العرض لوصوله إلى حقه .

(والوجه الثانى) أن المجنى عليه لا يمنع من بيـع الجـانى ، وكذلك لا يمنع العامل من بيع القراض لأنه قد يرجو زيادة على القيمـة لوجـود راغب .

(رابعها) أن يدعو رب المـال إلى بيعه ويمتنع العامل منـه ، فإن كان امتناعه تركا لحقه منه ففى إجباره على بيعه وجهان .

(أحدهما) لا يجبر عليه لأن البيع والشراء إنما يلزم فى حقيهما وببطلان القراض قد سقط أن يكون ذلك حقا لهما .

(والثانى) أن يجبر على بيعه ، لأن رأس المال مستحق عليه وليس العرض هو رأس المال وإنما هو بدل عنه .

فرع سبق أن قررنا أنه لا يجوز له أن يسافر بغير إذن رب المال وأوضحنا من النفقات ما يؤخذ من القراض بالمعروف كنفقة الأقارب أو مقدرة كنفقة الزوجة ، وقال أبوحنيفة : له فى نفقته أجرة حمامه وعلاجه وطبيبه وما يباح من شهواته ، وهذا غير صحيح من وجهين :

(أحدهما) أن نفقات الزوجات أوكد من نفقات العامل ومع ذلك ليس فيها شيء من ذلك .

(والثانى) أن ذلك مما لا يختص بالسفر ولا بعمله ، على أن من أصحابنا من جعل له نفقة السفر ما زاد على نفقة الحضر ، وحكاه أبو على بن أبى هريرة عن بعض متقدميهم وهو أشبه بالقياس ، فإن دخل فى سفره بيتاً فله النفقة ما أقام فيه مقام المسافر ما لم يتجوز أربعا فإن زاد على إقامة أكثر من أربع نظر ، فإن كان بغير مال القراض من مرض طارىء أو عارض يختص به فنفقته فى ماله دون القراض وإن كان مقامه لأجل مال القراض انتظاراً لبيعه وقبض ثمنه أو التماساً لحمله أو لسبب يتعلق به فنفقته فى سفره لاختصاصه بالقراض .

قال الشافعى : وإن خرج بمال لنفسه كانت النفقة على قدر المالين بالحصص ، ويستفاد من ذلك أنه يصح أن يسافر بمال نفسه مع مال القراض ، ومنعه بعض العراقيين لأن عمله مستحق فى مال القراض فصار كالأجير ، وقد خطأ بعض أصحابنا هذا لأنه إذا كان له أن يعمل فى ماله ومال القراض حضراً جاز له ذلك سفراً ولأن عمله فى القراض لا يمنعه من العمل فى جميع الأعمال مادام يؤدى مالزمه من عمل القراض وسواء فيما لسواه ممسكا أو

عاملا فلو شرط فى العقد أن يسافر بمال لنفسه بطل القراض لأنه قد أوقع عليه حجراً غير مستحق ، والمطلوب منه أن لا يخلط ماله بمال القراض ، وعليه تمييز كل واحد من المالين ، فإن خلطهما فعلى ضربين .

(أحدهما) أن يكون بإذن رب المال فيجوز ويصير شريكا ومضاربا ، ومؤنة المال مقسطة على قدر المالين ، ونفقة نفسه إن قيل : إنها لا تجب فى مال القراض فهو مختص بها ، وإن قيل : إنها تجب فى مال القراض فهى مقسطة على قدر المالين (والثانى) أن يخلط المالين بغير إذن رب المال فيبطل القراض لأنه يصير كالعادل به عن حكمه فيلتزم نفقة نفسه ، وتكون نفقه المالين بقدر الحصص وربح مال القراض كله لرب المال لفساد القراض وللعامل أجرة المثل بحيث لا يوجب له أجرة كاملة لأن عمله قد توزع على ماله ومال القراض .

فرع إذا أبضع رب المال عامله فى مال القراض بضاعة ــ أى أعطاه قطعة من المال يتجر فيها لنفسه ــ يختص بربحها جاز إن كان من غير شرط فى القراض ولم يجز إن كان عن شرط وخالفنا مالك .

فرع إذا ادعى ظهور الربح فى المال وطالب بالقسمة لم يجبر المالك ما لم يعترف بظهور الربح أو يتحاسبان فيظهر له الربح ، ولا يلزم رب المال أن يحاسبه إلا بعد حضور المال لأنه قد لا يصدق فيما يخبر به من وفوره أو سلامته فإذا حضر المال وتحاسبا فوجدا رأس المال ناقصا ترادا الربح ليستكمل رأس المال ولو رضى رب المال والعامل بالمحاسبة عليه مع غيبة المال عنهما ففى جوازه وجهان :

(أحدهما) يجوز لأنه احتياط لهما تركاه (والثانى) لا يجوز . وقد ذكره الشافعى فى موضع لأنهما يتحاسبان على جهالة والله أعلم بالصواب

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل والعامل امين فيما فى يده فان تلف المال فى يده من غير تفريط لم يضمن لانه نائب عن رب المال فى التصرف فلم يضمن من غير تفريط كالمودع ،

فان دفع اليه الفاً فاشترى عبداً فى الذمة ثم تلف الألف قبل ان ينقده فى ثمن العبد انفسخ القراض لأنه تلف راس المال بعينه . وفى الثمن وجهان :

(أحدهما) أنه على رب المال لأنه اشتراه له فكان الثمن عليه ، كما لو اشترى الوكيل فى الذمة ما وكل فى شرائه ، فتلف الثمن فى يده قبل أن ينقده .

(والثانى) أن الثمن على العامل ، لأن رب المال لم يأذن له فى التجارة الا فى راس المال فلم يلزمه ما زاد .

وان دفع اليه الفين فاشترى بهما عبدين ثم تلف أحدهما ففيه وجهان :

(احدهما) يتلف من راس المال ، وينفسخ فيه القراض ، لأنه بدل عن راس المال فكان هلاكه كهلاكه .

(والثانى) انه يتلف من الربح ، لأنه تصرف فى المال فكان فى القراض . وان قارضه رجلان على مالين ، فاشترى لكل واحد منهما جارية ثم اشكلتا عليه ففيه قولان :

(احدهما) تباعان فان لم يكن فيهما ربح قسم بين ربى المال ، وأن كان فيهما ربح شاركهما العامل فى الربح ، وان كان فيهما خسران ضمن العامل ذلك لأنه حصل بتفريطه .

(والقول الثانى) أن الجاريتين للعامل ويلزمه قيمتهما ، لأنه تعذر ردهما بتفريطه فلزمه ضمانهما كما لو اتلفهما .

فصل ويجوز لكل واحد منهما ان يفسخ اذا شاء لأنه تصرف فى مال الغير باذنه فملك كل واحد منهما فسخه كالوديعة والوكالة ، فان فسخ العقد والمال من غير جنس راس المال وتقاسماه جاز وان باعاه جاز لأن الحق لهما ، وان طلب العامل البيع وامتنع رب المال اجبر ، لأن حق العامل فى الربح ، وذلك لا يحصل الا بالبيع .

فان قال رب المال : انا اعطيك مالك فيه من الربح وامتنع العامل ، فان قلنا : انه ملك حصته من الربح بالظهور لم يجبر على أخذه ، كما لو كان بينهما مال مشترك وبذل احدهما للآخر عوض حقه . وان قلنا : لا يملك ففيه وجهان بناء على القولين فى العبد الجانى اذا امتنع المولى عن بيعه وضمن للمجنى عليه قيمته .

(احدهما) لا يجبر على بيعه لان البيع لحقه وقد بذل له حقه .

(والثانى) انه يجبر لأنه ربما زاد مزايد ورغب راغب فزاد فى قيمته .

وان طلب رب المال البيع وامتنع العامل اجبر على بيعه لان حق رب المال فى راس المال ولا يحصل ذلك الا بالبيع ، فان قال العامل : انا اترك حقى

ولا ابيع فان قلنا : ان العامل يملك حصته بالظهور لم يقبل منه ، لانه يريد ان يهب حقه وقبول الهبات لا يجب . وان قلنا : انه لا يملك بالظهور ففيـــه وجهان :

(احدهما) لا يجبر على بيعه لان البيع لحقه وقد تركه فسقط .

(والثانى) يجبر لأن البيع لحقه ولحق رب المال فى راس ماله ، فاذا رضى بترك حقه لم يرض رب المال بترك راس ماله ، وان فسخ العقد وهناك دين وجب على العامل ان يتقاضاه لانه دخلَ فى العقد على أن يرد راس المال فوجب ان يتقاضاه ليرده .

(فصـــل) وان مات احدهما او جن انفسخ لانه عقد جائز فبطلَ بالموت والجنون ، كالوديعة والوكالة . وان مات رب المال او جن واراد الوارث او الولى ان يعقد القراض والمال عرض ، فقد اختلف اصحابنا فيه فقال ابو اسحاق: يجوز لانه ليس بابتداء قراض ، وانما هو بناء على مال القراض فجاز . ومنهم من قال : لا يجوز وهو الصحيح لأن القراض قد بطل بالموت وهذا ابتداء قراض على عرض فلم يجز (*) .

(فصـــل) وان قارض فى مرضه على ربح اكثر من اجرة المثلَ ومـات اعتبر الربح من راس المال ، لان الذى يعتبر من الثلث ما يخرجه من ماله والربح ليس من ماله ، وانما يحصل بكسب العامل فلم يعتبر من الثلث ، وان مات وعليه دين قدم العامل على الغـرماء ، لأن حقه يتعلق بعين المـال فقـدم على الغرماء .

(فصـــل) وان قارض قراضاً فاسداً وتصرف العامل ، نفذ تصرفه لأن العقد بطل وبقى الاذن فملك به التصرف ، فان حصل فى المال ربح لم يستحق العامل منه شيئاً ، لأن الربح يستحقه بالقراض وقد بطل القراض .

فاما اجرة المثل فانه ينظر فيه ـ فان لم يرض الا بربح ـ استحق لأنه لم يرض أن يعملَ الا بعوض ، فاذا لم يسلم له رجع الى اجرة المثل ، وان رضى من غير ربح بان قارضه على ان الربح كله لرب المال ففى الأجرة وجهان :

(احدهما) لا يستحق وهو قول المزنى ، لانه رضى أن يعمل من غير عوض فصار كالمتطوع بالعمل من غير قراض .

(والثانى) انه يستحق وهو قول ابى العباس لأن العمل فى القراض يقتضى العوض فلا يسقط باسقاطه كالوطء فى النكاح .

وان كان له على رجل دين فقال : اقبض مالى عليك فعزل الرجـل ذلك وقارضه عليه لم يصح القراض ، لأن قبضه له من نفسه لا يصح ، فاذا قارضه

عليه فقد قارضه على مال لا يملكه فلم يصح ، فان اشترى العامل شيئا فى الذمة ونقد فى ثمنه ما عزله لرب المال وربح ففيه وجهان :

(احدهما) ان ما اشتراه مع الربح لرب المال لانه اشتراه له باذنه ، ونقد فيه الثمن باذنه وبرئت ذمته من الدين ، لانه سلمه الى من اشترى منه باذنه ويرجع العامل باجرة المثل ، لانه عمل ليسلم له الربح ، ولم يسلم ، فرجع الى اجرة عمله .

(والثانى) ان الذى اشتراه مع الربح له لا حق لرب المال فيه ، لان رب المال عقد القراض على مال لا يملكه فلم يقع الشراء له .

(فصـــــل) وان اختلف العامل ورب المال فى تلف المال ، فادعاه العامل وانكره رب المال ، او فى الخيانة فادعاها رب المال وانكر العامل فالقول قـول العامل لانه امين والاصل عدم الخيانة ، فكان القول قوله كالمودع .

(فصـــــل) فان اختلفا فى رد المال فادعاه العامل وانكره رب المال ، ففيه وجهان :

(احدهما) لا يقبل قوله لانه قبض العين لمنفعته فلم يقبل قوله فى الرد كالمستعير .

(والثانى) يقبل قوله ، لان معظم منفعته لرب المال ، لان الجميع له الا السهم الذى جعله للعامل ، فقبل قوله عليه فى الرد كالمودع .

(فصـــــل) فان اختلفا فى قدر الربح المشروط ، فادعى العـــامل انه النصف ، وادعى رب المال انه الثلث تحالفا ، لانهما اختلفا فى عوض مشروط فى العقد فتحالفا كالمتبايعين اذا اختلفا فى قدر الثمن ، فان حلفا صار الربح كله لرب المال ، ويرجع العامل باجرة المثل ، لانه لم يسلم له المسمى ، فرجع ببدل عمله .

(فصـــــل) وان اختلفا فى قدر راس المال ، فقال رب المال الفان ، وقال العامل الف فان لم يكن فى المال ربح فالقول قول العامل لان الاصل عدم القبض فلا يلزمه الا ما اقر به وان كان فى المال ربح ففيه وجهان :

(احدهما) ان القول قول العامل لما ذكرناه .

(والثانى) انهما يتحالفان لانهما اختلفا فيما يستحقان من الربح فتحالفا ، كما لو اختلفا فى قدر الربح المشروط ، والصحيح هو الاول لان الاختلاف فى الربح المشروط ، اختلاف فى صفة العقد فتحالفا كالمتبايعين اذا اختلفا فى قدر الثمن ، وهذا اختلاف فيما قبض ، فكان الظاهر مع الذى ينكر كالمتبايعين اذا اختلفا فى قبض الثمن فان القول قول البائع .

(فصـــل) وان كان فى المال عبد فقال رب المال : اشتريته للقراض ، وقال العامل : اشتريته لنفسى أو قال رب المال اشتريته لنفسك ، وقال العامل: اشتريته للقراض فالقول قول العامل لأنه قد يشترى لنفسه وقد يشتريه للقراض ولا يتميز احدهما عن الآخر الا بالنية ، فوجب الرجوع اليه ، فان أقام رب المال البينة انه اشتراه بمال القراض ففيه وجهان :

(احدهما) انه يحكم بالبينة ، لأنه لا يشترى بمال القراض الا للقراض .

(والثانى) انه لا يحكم بها لأنه يجوز ان يشترى لنفسه بمال القراض على وجه التعدى ، فلا يكون للقراض لبطلان البيع .

(فصـــل) وان كان فى يده عبد فقال رب المال : كنت نهيتك عن شرائه ، وانكر العامل ، فالقول قول العامل ، لأن الأصل عدم النهى ، ولأن هذا دعوى خيانة والعامل امين ، فكان القول فيهما قوله .

(فصـــل) وان قال : ربحت فى المال ألفا ثم ادعى انه غلط فيه ، او اظهر ذلك خوفا من نزع المال من يده ، لم يقبل قوله ، لأن هذا رجوع عن الاقرار بالمال لغيره ، فلم يقبل ، كما لو اقر لرجل بمال ثم ادعى انه غلط ، فان قال : قد كان فيه ربح ولكنه هلك ، قبل قوله ، لأن دعوى التلف بعد الاقرار لا تكذب اقراره فقبل) .

الشرح سبق أن قررنا أن القراض عقد معونة وإرفاق يجوز بين المتعاقدين ما أقاما عليه مختارين وليس بلازم لهما ، ويجوز فسخه لمن شاء منهما ، فهو عقد ائتمان كالوديعة والعارية ، فإذا تلف فى يده فعلى تفصيل نضرب له مثلا تجتمع فيه صورة المسألة : رب مال دفع ألفى دينار قراضاً فتلف أحد الألفين فى يد العامل وبقى ألف ، فلا يخلو حال تلفها من ثلاثة أقسام :

(أحدها) أن يكون تلفها قبل ابتياع العامل لهما فهذا يكون رأس المال فيه الألف الباقية ولا يلزم العامل أن يجبر بالربح الألف التالفة لأنها بالتلف قبل التصرف قد خرجت عن أن تكون قراضا .

(والقسم الثانى) أن يكون تلفها بعد أن اشترى بها وباع ثم تلفت الألف من ثمن ما باع فيكون رأس المال كلا الألفين ويلزم العامل أن يجبر بالربح الألف التالفة لأنها بالتصرف الكامل قد صارت قراضا .

(القسم الثالث) أن يكون تلفها بعد أن اشترى بها عرضاً وتلف العرض قبل بيعه ففيه وجهان :

(أحدهما) أنها قراض لتلفها بعد التصرف بها فى الابتياع فعلى هـذا يكون رأس المال ألفى دينار ، وعلى العامل أن يجبر بالربح الألف التالفة لأنها قد صارت قراضاً

(والوجه الثانى) أن الألف التالفة لا تصير قراضاً لتلفها قبل كمال التصرف ببيع ما اشترى بها فعلى هذا يكون رأس المال ألفى درهم ولا يلزم العامل أن يجبر بالربح الألف التالفة لأنها لم تصر قراضاً .

فإذا دفع رب المال ألف درهم قراضاً فاشترى العامل بها عرضا ثم تلفت الألف قبل دفعها فى ثمن العرض فلا يخلو حال الشراء من أمرين :

(أحدهما) أن يكون قد تعين الألف فيكون الشراء باطلا . لأن تلف الثمن المعين قبل القبض موجب لبطلان البيع ، فعلى هذا قد بطل القراض ويسترجع البائع عرضه .

(والثانى) أن يكون الشراء فى ذمة العامل ولم يعقده على عين الألف ففى الشراء وجهان :

(أحدهما) يكون للعامل لأنه لم يبق بيده من مال القراض ما يكون الشراء مصروفا إليه ، وهذا على الوجه الذى يقول فيه الشافعى : أن ما تلف بعد الشراء وقبل البيع خارج من القراض .

(والوجه الثانى) أن الشراء يكون فى القراض لأنه معقود له ، وهذا على الوجه الذى يقول فيه الشافعى : إن ما تلف بعد الشراء وقبل البيع داخل فى القراض ، فعلى هذا يجب على رب المال أن يدفع ألفا ثانية ، تصرف فى ثمن العرض ، يصير رأس المال ألفى دينار ، وعلى العامل أن يجبر بالربح الألف التالفة فلو تلفت الألف الثانية قبل دفعها فى ثمن العرض لزم رب المال

أن يدفع ألفاً ثالثة ، ويصير رأس المال ثلاثة آلاف دينار ، وعلى العامل أن يجبر بالربح كلا الألفين التالفتين .

فإذا دفع ألفاً قراضاً فعمل بها العامل وخسر مائة وأخذ منها رب المال مائة ثم عمل العامل بالباقى فصارت ألفاً وخمسمائة وأرادا أن يعرفا قدر رأس المال ليقتسما الربح ، فوجه العمل فيه أن يقال لما خسر فى الألف مائة لزم تقسيطها على التسعمائة فيكون قسط كل مائة دينار أحد عشر ديناراً وتسع ، وهو القدر المسترجع من الألف ويبقى رأس المال ثمانمائة وثمانية وثمانين وثمانية أتساع دينار فلو كان قد خسر العامل مائتى دينار واسترجع رب المال مائة صار رأس المال ثمانمائة وخمسة وسبعين لأن قسط كل مائة من الخسران خمسة وعشرون ثم على هذا القياس .

فــرع قال الشافعى : وإن مات رب المال صار لوارثه فإنه رضى ترك المقارض على قراضه وإلا فقد انفسخ قراضه ، وإن مات العامل لم يكن لوارثه أن يعمل مكانه وهذا كما قال : عقد القراض يبطل بموت كل واحد من رب المال والعامل لأن العقود الجائزة دون اللازمة تبطل بموت عاقدها وهما فى العقد سواء ، لأنه تم بهما وهو غير لازم ، فإذا بطل بموت كل واحد منهما لم يخل أن يكون الميت هو رب المال أو العامل ، فإن كان الميت منهما هو رب المال ناضاً أو عرضاً ، فإن كان ناضا — والناض النقود — منع العامل أن يتصرف فيه ببيع أو شراء ثم لورثة رب المال أن يسترجعوا رأس المال ويقاسموا العامل على ربح إن كان ، فإن أذنوا له فى المقام على قراض أبيهم كان ذلك عقداً مبتدأ ، فلا يخلو حالهم فيه من أحد أمرين ، إما أن يكونوا عالمين بقدر المال أو جاهلين به ، فإن كانوا عالمين بقدره صح القراض إن كانوا أهل رشد لا يولى عليهم ولم يتعلق بتركة ميتهم ديون ولا وصايا وإن كانوا بخلاف ذلك لم يصح إذنهم ، ثم إذا صح فلا يخلو أن يكون قد حصل للعامل فيه ربح قبل موت رب المال أو لم يحصل ، فإن لم يحصل فكل المال الذى فى يده قراض لورثة ربه ، وإن كان قد حصل فيه ربح قبل موت ربه فهو شريك فى المال بحصته من ربحه ، ويختص بما يحصل من فضله ومضاربته فيما يبقى من الربح مع رأس المال بما شرط له من ربحه .

وإن كان الورثة جاهلين بقدر المال عند إذنهم له بالقراض ففيه وجهان مخرجان من وجهين :

(أحدهما) أن القراض باطل لأنه معقود بمال مجهول .

(والثانى) أن القراض صحيح لأنه مبتدأ لعقد صحيح ، فإن كان مال القراض عند موت ربه عرضاً فقد قال الماوردى : للعامل بيعه من غير استئذان الورثة ، ولا يجوز أن يشترى بثمنه شيئاً من غير إذن الورثة لأن البيع من حقوق العقد الماضى ، وليس الشراء من حقوقه إلا بعقد مستأنف . فإن أذن له الورثة فى المقام على قراض أبيهم — فإن كان بعد بيعه للعرض فقد صار الثمن ناضاً — أى نقودا — فيكون كإذنهم له بالقراض والمال ناض .

وإن كان قبل بيع العرض ففى جواز القراض وجهان خرج منهما الوجهان المذكوران (أحدهما) وهو قول أبى على بن أبى هريرة : إن القراض باطل لأن عقده بالقراض باطل . (الثانى) وهو قول أبى إسحاق المروزى أن القراض جائز لأنه استصحاب لعقد جائز .

وإن كان الميت منهما هو العامل فليس لوارثه أن يبيع ويشترى سواء كان المال ناضا أو عرضا ، والفرق بين أن يموت رب المال فيجوز للعامل أن يبيع بغير إذن الوارث وبين أن يموت العامل فلا يجوز لوارثه أن يبيع إلا بإذن رب المال أن عقد القراض قد أوجب ائتمان العامل على التصرف فى المال لربه أو لوارثه ، وما أوجب ائتمان وارث العامل فى المال لا مع ربه ولا مع وارثه ، وإذا كان كذلك نظر فى المال . فإن كان ناضا استرجع رب المال رأس ماله واقتسما ربحا إن كان فيه ، فلو أذن رب المال لوارث العامل فى المقام على القراض صح إن كانا عالمين بقدر المال . ويبطل إن كانا جاهلين بقدره وجها واحدا .

والفرق بين هذا حيث بطل بجهالة القدر وبين أن يموت رب المال من جهة ربه والعمل من جهة العامل ، فإذا مات رب المال كان المقصود من الأمرين باقيا فجاز استيصحاب العقد المتقدم لبقاء مقصوده ، ولم يبطل بحدوث

الجهالة فيه ، وإذا مات العامل فقد فات أخذ المقصود به فلم يكن استصحاب العقد المتقدم وكان استئناف عقد مع وارثه فبطل بحدوث الجهالة فيه .

وان كان مال القراض عند موت العامل عرضا لم يجز لوارثه أن ينفرد ببيع العرض من غير إذن رب المال به ، فإذا أذن له باعه واقتسما بعد رد رأس المال بفضل إن كان فيه ، فلو أذن رب المال لوارث العامل أن يقيم على عقد القراض كالعامل — فإن كان بعد بيع العرض والعلم بثمنه — صح ، وإن كان العرض باقيا أو ثمنه مجهولا بطل وجها واحدا لما ذكرنا .

فــرع قال الشافعي : وبيع ما كان في يديه مع ما كان من ثياب أو أداة للسفر أو غير ذلك مما قل أو كثر ، فإن كان فيه فضل كان لوارثه وإن كان خسرانا كان ذلك في المال ، وهذا كقوله : وإذا بطل القراض بموت أحدهما وجب بيع كل ما كان من مال القراض من غير عرض التجارة أو أداة للسفر .

قال الشافعي : مع ما كان من ثياب . فتمسك بذلك من ذهب من أصحابنا إلى أن للعامل أن ينفق على نفسه في سفره من مال القراض ، لأنه لو لم يشتر ثياب سفره من مال القراض لم يجز بيعها في القراض وهو لعمري ظاهر يجوز التمسك به وقد تأوله من ذلك إلى أنه لا نفقة له على ثياب اشتراها العامل للتجارة ، أو اشتراها لنفسه وهي غير مختصة بسفره ، فإذا بيع جميع ما وصفنا فلا يخلو ما حصل من ثمن جميعه من ثلاثة أنواع .

(أولها) أن يكون بقدر رأس المال فهو لرب المال ولا حق للعامل فيه لعدم ربحه .

(ثانيها) أن يكون أكثر من رأس المال فلرب المال أن يأخذ رأس ماله ثم العامل شريكه في الربح على مقتضى الشرط من نصف أو ثلث أو ربع ، فلو تلف بعض المال بعد أن صار ناضاً — نقوداً — نظر فيه ، فإن كانا قد عينا حق العامل منها فيه كان التالف منه تالفاً بالحصص وإن لم يكونا قد عينا حق

العامل فيه فالتالف منه تلف من الربح وحده ، لأن الربح قبل أن يتعين ملك للعامل مرصد لجبران رأس المال .

(ثالثها) أن يكون أقل من رأس المال ، إما بخسران حصل فى المال أو لحادث أتلف شيئاً منه فيكون ذلك عائدا على رب المال دون العامل ، لأن الربح يعود عليهما والخسران مختص برب المال .

فإن قيل : فهلا كان الخسران عليهما كما كان الربح لهما ؟ قيل : هما فى الحكم سواء وإن عاد الخسران على رب المال لأن الخسران يعود إليه ، إلى ما تناوله عقد القراض . لأنه إنما تناول عملا من جهة العامل ومالا من جهة رب المال ، فعاد الخسران على العامل بذهاب عمله وعلى رب المال بذهاب ماله فعلى هذا لو شرطا فى عقد القراض تحمل العامل الخسران كان القراض باطلا لاشتراطهما خلاف موجبه .

فـــرع قال المزنى « وإن دفع مالا قراضاً فى مرضه وعليه دين ثم مات بعد أن اشترى وباع وربح أحب العامل ربحه واقتسم الغرماء ما بقى من ماله » وهذا صحيح لأنه يجوز للمريض أن يدفع مالا قراضاً لما فيه من تثمير ماله ، وسوء قارض العامل على تساو فى الربح أو تفاضل فكان أقلهما سهما أو أكثر ، ويكون ما يصل إلى العامل من كثير الربح من رأس المال دون الثلث ،لأنه بيسير الربح واصل إلى ما لم يكن واصلا إليه لو كف عن القراض وهكذا الخلاف فيمن أجر داراً بأقل من أجرة المثل لأنه قد كان مالكا للمنفعة ، فإذا عاوض عليها فى مرضه ببعض الأجرة فقد أتلف بعض ملكه فكان معتبراً فى الثلث ، وليس رب المال مالكا لربح المال الذى صار إلى بعضه فلذا كان من رأس المال .

فإذا تقرر صحة القراض من رأس المال فى قليل الربح وكثيره تولى رب المال ــ إن كان حياً ــ محاسبة العامل واستيفاء الحقين من أصل وربح ، فإن مات مفلساً وكثرت ديونه عن ماله قدم العامل بحصته من الربح على سائر الغرماء لأنه إن كان شريكا فالشريك لا يدفعه الغرماء عن شركته ، وإن كان أجيراً فحقه متعلق بعين المال كالمرتهن ، والمرتهن لا يزاحمه الغرماء فى رهنه .

وهكذا لو أخذ المريض مالا قراضاً صح . وإن كان بأقل السهمين من الربح وكان من رأس المال ، لأن قليل الربح كسب وليس بإتلاف .

فــرع قال المزنى : من ذلك لو دفع إليه ألف درهم فقال : خذها فاشتر بها هروياً أو مروياً [1] بالنصف كان فاسداً لأنه لم يبين ، فإن اشترى فجائز وله أجرة مثله ، وإن باع فباطل لأن البيع بغير أمره إذا دفع رب المال إلى العامل ألف درهم وقال : اشتر بها هروياً أو مرويا كان فاسدا باتفاق أصحابنا ، وإنما اختلفوا فى علة فساده على ثلاثة أوجه .

(أحدها) أن علته أنه قال : فاشتر بها هرويا أو مرويا فلم يبين أحد النوعين من المروى والهروى ولا جمع بينهما فجعله مشكلا ، والقراض إنما يصح بأن يعم جميع الأجناس أو يعين أحد الأجناس .

(والثانى) وهو اختيار أبى على بن أبى هريرة أن علة فساده أنه قال بالنصف ولم يبين النصف هل يكون لرب المال أو للعامل . قال واشتراطه نصف الربح للعامل غير مبطل له فصار لنفسه مبطلا للقراض ما لم يبين نصيب العامل ، واشتراطه نصف الربح للعامل غير مبطل للقراض فصار القراض بهذا القول مترددا بين الصحة والفساد فبطل .

(والثالث) وهو اختيار أبى إسحاق المروزى : أنه بطل بقوله فاشتر ولم يقل وبع ، والقراض إنما يصح بالشراء والبيع فلذلك بطل ، فإذا تقرر ما وصفنا فى اختلاف أصحابنا فى علة فساده ، فإن اشترى كان الشراء جائزا لأنه مأمور به وله أجرة مثله ، وإن باع كان البيع باطلا لأنه غير مأمور به .

وإذا قال : خذ هذا المال قراضا . ولم يزد على ذلك كان قراضا فاسداً للجهل بنصيب كل واحد منهما من الربح . إلا أن شراء العامل وبيعه جائز ، لأنه أمر بهما لكونهما من موجبات القراض وللعامل أجرة مثله . وحكى عن أبى العباس بن سريج أن القراض جائز ويكون الربح بينهما نصفين ، لأن ذلك هو الغالب من أحوال القراض فحمل إطلاقه عليه .

---

(1) ثياب تنسب الى مدنها التى صنعت فيها مثل هراه ومرو وهما مدينتان بين بخارى ونيسابور وراء بحر قزوين .

قال الماوردى : وهذا المحكى عنه غير صحيح لأنه لو جاز ذلك فى إطلاق القراض لجاز مثله فى البيع إذا أغفل فيه الثمن أن يكون محمولا على ثمن المثل وهو القيمة . وكذا فى الإجازة وكل العقود فأما إذا قال : خذ هذا المال فاشتر به وبع ولم يزد عليه فلا خلاف بين أصحابنا أنه لا يكون قراضا صحيحا ، ويصح شراء العامل وبيعه ، وهل يكون قراضا فاسدا أو معونة ؟ على وجهين :

(أحدهما) يكون استعانة بعمله كما لو قال : اشتر وبع على أن جميع الربح لى ، فعلى هذا لا أجرة للعامل فى عمله .

(والثانى) أنه يكون قراضا فاسدا لأنه الأغلب من حال أمره وحال قوله : على أن جميع الربح لى . لما فيه من التصريح بأن لا شىء له فيه . فعلى هذا يكون للعامل أجرةمثله، وسواء حصل فى المال فضل أو لم يحصل .

فرع قال المزنى : وإن قال خذها قراضا أو مضاربة على ما شرط فلان من الربح لفلان ، فإن علما ذلك فجائز ، وإن جهلاه أو أحدهما ففاسد . وهذا كما قال : إذا دفع المال قراضا من غير أن يسمى فى الربح قدراً فعله محمول على مثل ما قارض زيد عمرا ، فإن علما ما تقارض زيد وعمرو عليه صح قراضهما ، لأنهما عقداه بمعلوم من الربح ، إذ لا فرق بين قوله على أن الربح بيننا نصفين وبين قوله : على مثل ما قارض به زيد عمرا كان القراض باطلا لجهلهما بقدره . والجهالة بقدر الربح مبطلة للقراض .

فإن علما بعد ذلك ما تقارض عليه زيد وعمرو لم يصح لوقوعه فاسداً وهكذا لو علمه أحدهما حال العقد وجهله الآخر لم يصح القراض ، لأن جهل أحد المتعاقدين بالعوض كجهلهما معا به ، فلو قال : خذه قراضا على ما تقارض به زيد وعمرو كان باطلا ، لأن زيداً قد يقارض عمرا وقد لا يقارضه ، وقد تقارض على قليل أو كثير . وهكذا لو قال : خذه قراضا على ما يوافقك عليه زيد لم يجز للجهل بما يكون من موافقته .

وهكذا لو قال : خذه قراضا على أن لك من الربح ما يكفيك أو يقنعك

لم يجز لجهله بكفايته وقناعته ، فإن اشترى وباع فى هذه المسائل كلها صح بيعه وشراؤه وكان جميع الربح والخسران لرب المال وعليه ، وللعامل أجرة المثل .

فـــرع إذا اختلف رب المال والعامل فى قدر رأس المال فقال العامل : هو ألف دينار وقال رب المال هو ألفان ، فإن لم يكن ربح فالقول قول العامل مع يمينه ، وإن كان فى المال ربح بقدر ما ادعاه رب المال من رأس ماله ؛ مثل أن يدعى العامل ــ وقد أحضر ألفى دينار ــ أن أحد الألفين رأس مال وليس فيها ربح ، ففيه لأصحابنا وجهان ، وعن أبى حنيفة روايتان مخرجان من اختلاف قولين فى العامل هل هو وكيل أو شريك ؟

(أحدهما) أن القول قول رب المال إذا قيل : إن العامل وكيل مستأجر . وهذا قول زفر بن الهذيل .

(والثانى) أن القول قول العامل إذا قيل : إنه شريك مساهم . وهذا قول محمد بن الحسن ، وهو أصح الوجهين فى اختلافهما ، لأن قوله نافذ فيما بيده ، فعلى هذا لو أحضر ثلاثة آلاف دينار وذكر أن رأس المال منها ألف والربح ألفان . وقال رب المال : رأس المال منها ألفان والربح ألف حكم بقول العامل واقتسما الألفين ربحا . وجعل رأس المال ألفا .

فلو قال العامل وقد أحضر ثلاثة آلاف : رأس المال منها ألف والربح ألف والألف الثالثة ، أو وديعة فى يدى ، أو هى دين على من قراض وادعاها رب المال ربحا فالقول قول العامل مع يمينه لمكان يده والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

باب العبد المأذون له فى التجارة

لا يجوز للعبد ان يتجر بغير اذن المولى لأن منافعه مستحقة له ، فلا يملك التصرف فيها بغير اذنه ، فان رآه يتجر فسكت لم يصر ماذونا له ، لانه تصرف يفتقر الى الاذن ، فلم يكن السكوت اذنا فيه ، كبيع مال الاجنبى ، فان اشترى

شيئاً في الذمة فقد اختلف أصحابنا فيه فقال ابو سعيد الاصطخري وابو اسحاق لا يصح لأنه عقد معاوضة فلم يصح من العبد بغير اذن المولى كالنكاح .

وقال ابو علي بن ابي هريرة : يصح لأنه محجور عليه لحق غيره فصح شراؤه في الذمة كالمفلس ، ويخالف النكاح ، فانه تنقص به قيمته ، ويستضر به المولى ، فلم يصح من غير اذنه . فان قلنا : انه يصح دخل المبيع في ملك المولى ، لأنه كسب للعبد فكان للمولى ، كما لو احتش او اصطاد ، ويثبت الثمن في ذمته لأن اطلاق البيع يقتضي ايجاب الثمن في الذمة ، فان علم البائع برقه لم يطالبه حتى يعتق لأنه رضي بذمته فلزمه الصبر الى أن يقدر ، كما نقول فيمن باع من مفلس ، وان لم يعلم ثم علم ، فهو بالخيار بين أن يصبر الى ان يعتق وبين ان يفسخ البيع ويرجع الى عين ماله ، لأنه تعذر الثمن فثبت الخيار ، كما نقول فيمن باع من رجل ثم افلس بالثمن . وان قلنا : ان الشراء باطل ، وجب رد المبيع لأنه مقبوض عن بيع فاسد . فان تلف في يد العبد اتبع بقيمته اذا عتق ، لأنه رضي بذمته وان تلف في يد السيد ، جاز له مطالبة المولى في الحال ، ومطالبة العبد اذا عتق ، لأنه ثبتت يد كل واحد منهما عليه بغير حق .

فصل وان اذن له في التجارة صح تصرفه ، لأن الحجر عليه لحق المولى ، وقد زال ، وما يكتسبه للمولى ، لأنه ان دفع اليه مالا فاشترى به كان المشترى عوض ماله فكان له ، وان اذن له في الشراء في الذمة كان المشترى من اكسابه ، لأنه تناوله الاذن فان لم يكن في يده شيء اتبع به اذا عتق لأنه دين لزمه برضى من له الحق فتعلق بذمته ، ولا تباع فيه رقبته لأن المولى لم ياذن له في رقبته ، فلم يقض منها دينه .

فصل ولا يتجر الا فيما اذن به ، لأن تصرفه بالاذن ، فلا يملك الا ما دخل فيه . فان اذن له في التجارة لم يملك الاجارة ، ومن أصحابنا من قال : يملك اجارة ما يشتريه للتجارة ، لأنه من فوائد المال ، فملك العقد عليه كالصوف واللبن ، والمذهب الأول ، لأن المأذون فيه هو التجارة ، والاجارة ليست من التجارة فلم يملك بالاذن في التجارة .

فصل ولا يبيع بنسيئة ولا بدون ثمن المثل لأن اطلاق الاذن يحمل على العرف ، والعرف هو البيع بالنقد ، وثمن المثل ، ولأنه يتصرف في حق غيره ، فلا يملك الا ما فيه النظر والاحتياط ، وليس فيما ذكرناه نظر ولا احتياط ، فلا يملك . ولا يسافر بالمال لأن فيه تغريراً بالمال فلا يملك من غير اذن ، وان اشترى من يعتق على مولاه بغير اذنه ففيه قولان :

(أحدهما) انه لا يصح وهو الصحيح ، لأن الاذن في التجارة يقتضي ما ينتفع به ويربح فيه ، وهذا لا يوجد فيمن يعتق عليه .

(والثانى) انه يصح لأن العبد لا يصح منه الشراء لنفسه ، فاذا أذن له فقد أقامه مقام نفسه فوجب ان يملك جميع ما يملك . فان قلنا : يصح فأن لم يكن عليه دين عتق ، وان كان عليه دين ففيه قولان :

(احدهما) يعتق لانه ملكه .

(والثانى) لا يعتق لأن حقوق الغرماء تعلقت به ، فأن اشتراه باذنه صح الشراء ، فان لم يكن عليه دين عتق عليه ، وان كان عليه دين فعلى القولين ، ومتى صح العتق لزمه أن يغرم قيمته للغرماء ، لأنه اسقط حقهم منه بالعتق .

(فصـــل) واذا اكتسب العبد مالا بان احتش أو اصطاد او عمل فى معدن ، فأخذ منه مالا او ابتاع أو اتهب او أوصى له بمال فقبل ، دخل ذلك فى ملك المولى ، لانها اكتساب ماله ، فكانت له . فان ملكه مالا ففيه قولان : قال فى القديم : يملكه لما روى ابن عمر رضى الله عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « من باع عبداً وله مال فماله للبائع ، الا ان يشترطه المبتاع » ولإنه يملك البضع فملك المال كالحر ، وقال فى الجديد : لا يملك ، لأنه سبب يملك به المال ، فلا يملك به العبد كالارث ، فأن ملكه جارية واذن له فى وطئها ملك وطاها فى قوله القديم ، ولا يملك فى الجديد ، وان ملكه نصابا لم يجب زكاته على المولى فى قوله القديم ، ويجب فى الجديد ؛ فان وجب كفارة على بالطعام والكسوة فى قوله القديم ، وكفر بالصوم فى قوله الجديد ، واما العتق فلا يكفر به على القولين لأن العتق يتضمن الولاء والعبد ليس من أهل الولاء ، وان باعه وشرط المبتاع ماله ، جاز فى قوله القديم أن يكون المال مجهولا ، لانه تابع ولا يجوز فى الجديد لانه غير تابع والله اعلم) .

الشرح الأحكام : قال الشيخ محى الدين النووى رحمه الله تعالى : العبد المأذون له [فى التجارة] ، إذا اشترى من يعتق على سيده بإذنه ، صح ، وعتق عليه إن لم تركبه ديون ، وإلا ، فقولان ، لأن ما فى يده كالمرهون بالدين . وإن اشترى بغير إذنه ، لم يصح على الأظهر . والثانى : يصح ، ويعتق عليه ورأى الامام القطع بالبطلان ان كان [أذن] فى التجارة ، وجعل الخلاف فيما إذا قال : تصرف فى هذا المال واشتر عبداً . والجمهور على جريان القولين فى الإذن فى التجارة ، وهو نصه فى « المختصر » ثم هذا الخلاف ، إذا لم يركبه دين ، فإن ركبه ، ترتب على الخلاف فيما إذا لم يركبه ، وأولى بالبطلان . فإن صح ، ففى نفوذ العتق القولان .

فـــرع

لو كان فى المال جارية ، لم يكن [1] للمالك وطؤها ، كان فى المال ربح أو لم يكن . واستبعد الامام التحريم إذا لم يكن ربح ، وإذا حرمنا ، فوطىء ، لم يكن فسخاً للقراض على الأصح ، ولا حد عليه . وأما المهر ، فسنذكره إن شاء الله تعالى . ولو وطئها العامل ، فعليه الحد إن لم يكن ربح وكان عالماً ، وإلا ، فلا حد ، ويؤخــذ منه جميــع المهر ويجعل فى مال القــراض . ولو استولد ، لم تصر أم ولد إن قلنا : لا يملك بالظهور ، وإلا ، ثبت الاستيلاد فى نصيبه ويقوم عليه الباقى إن كان موسراً .

فـــرع

لا يبطل الإذن بالإباق ، وقال أبو حنيفــة : يبطــل لأنه يزيل به ولاية السيد عنه فى التجارة ، بدليل أنه لا يجوز بيعه ولا هبته ولا رهنه فأشــبه ما لو باعه .

وقال أحمد : إن الإباق لا يمنع ابتداء الإذن له فى التجارة فلم يمنــع استدامته كما لو غصبه غاصب أو حبس بدين عليه أو على غيره ، وما ذكره أبو حنيفة غير صحيح ، فإن سبب الولاية باق وهو الرق ، ويجوز بيعــه وإجارته ممن يقدر عليه ويبطل بالمغصوب .

ولا يجوز للمأذون فى التجارة التبرع بهبة الدراهم ولا كسوة الثيــاب ولا الهبة بالمأكول ، ولا إعارة الدابة . وقال أحمد : يجوز هبتــه وإعارته دابته ، واتخاذ الدعوة ما لم يكن إسرافاً ، وبه قال أبو حنيفة : دليلنا أنــه تبرع بمال مولاه فلم يجز كهبة دراهمه . وقد استدل أحمد وأبو حنيفة بأن النبى صلى الله عليه وسلم كان يجيب دعوة المملوك . وروى أبو ســعيد مولى أبى أسيد أنه تزوج فحضر دعوته أناس من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم منهم عبد الله بن مسعود وحذيفة وأبو ذر فأمهم وهو يومئذ

---

(1) فى نسخ الظاهرية : لم يجز

عبد ، رواه صالح فى مسائله بإسناده . قال ابن قدامة فى المغنى : ولأن العادة جارية بذلك بين التجار فجاز كما جاز للمرأة الصدقة بكسرة الخبز من بيت زوجها . والله تعالى أعلم .

فــرع

لا يجوز للمالك تزويج جارية القراض ، لأنه ينقصها فيضر بالعامل

بعد أن عرضنا فقه المضاربة وأحكامها عند علماء المسلمين نأتي إلى هذا البحث الموجز الذى أحلنا عليه فى باب القرض للدكتور محمد نجاة صديقى الحائز على جائزة الملك فيصل :

البديل من المصارف الربوية

تقوم المصارف الإسلامية على مبدأين أساسيين فى الشريعة الإســلامية : تحريم الفائدة [1] ، والاستعاضة عنها بالمشاركة فى الأرباح كلمــا كان ذلك ممكناً ومرغوباً [2] . وإذا كانت الآثار المترتبة على ذلك آثاراً ثورية ، إلا أن التغيير المطلوب تغيير سهل وميسور . فالمودعون فى حسابات ادخارية أو ودائع لأجل ، يتعهد لهم بدلا من العائد الثابت فى صورة فائدة ، بحصــة محددة من الأرباح التى حققتها المصارف نتيجة اســتثمارها . أما المنظمون الباحثون عن السلف من المصارف ، فيتعهدون لها بحصة من الأرباح التى يحققونها . وإذا لم تتحقق أية أرباح استردت المصارف ما أعطت فحسب . وإذا ما آل المشروع إلى خسارة ما ، نظر إلى هذه الخسارة على أنها نقص لحق برأس المال ، واستردت المصارف ما تبقى . والحقيقة هنا أن المصارف لم تعد مقرضة ، بل أصبحت شريكة فى المشروع . وهنــاك عــدة طــرق لاستثمار أموال المصرف على أساس المشاركة فى الأرباح ، غير أننا نختــار أسهلها لإيضاح المقصود . والراجح أن يؤمن تنويع المصارف لاستثماراتها

(١) « وأحل الله البيع وحرم الربا » ، القرآن الكريم ٢ / ٢٧٥ .

(٢) محمد نجاة الله صديقى : « الأصول الشرعية للشركة والمضاربة » ، المنشــــورات الاسلامية ، لاهور ١٩٦٩ .

عائداً إيجابياً عليها فى الجملة ، بحيث يكون المودعون عملياً واثقين من حصولهم على مثل هذا العائد الايجابى .

فاعلية التخصيص :

باستبدال المشاركة بالفائدة ، يصبح العائد على رأس المال الذى تقرضه المصارف ، كما يصبح رده ، متوقفين كلية على إنتاجيــة المشروع المنتظر . وهــذا ما يدفع المصرف إلى الحرص التــام على فحص المشروع وتقــدير إنتاجيته ، وذلك باختيار المشروعات التى تعد بأعلى معدل للربح . وعليه فإن تخصيص الأموال الاستثمارية لا يعود موجهاً بمقدرة المقترض على رد مبلغ القرض وفائدته ، كما يستدل عليها بقرينة ثروته الصافية ، بل يصبح موجهاً بسلامة المشروع والقدرات التنظيمية لشريك العمل .

فتتدفق الأموال الاستثمارية فى الاتجاهات التى ترشد إليها معــدلات الربح المتوقعة ، وتزول من عملية تخصيص الموارد التشوهات الناجمة عن مؤسسة الفائدة والمبينة أعلاه .

إن المنظمين العاملين برأس مال حصلوا عليه من المصارف يمكنهم تعظيم عائداتهم بتعظيم Maximising أرباح المشروع . وبهذا تتضافر خبــرة المصارف مع خبرة العمل فى تأمين إدارة فعالة حريصة على تعظيم الانتاجية ، ذلك لأن ترتيب المشاركة فى الربح ، خلافاً لترتيب القرض ، يحرك باستمرار اهتمام الممول بأداء المشروع وإنجازه . وتتفق مصلحة الطرفين ، بأن يعمل كل منهما بالتعاون مع صاحبه على خلق مزيد من الثروة ، كلما زاد انتاجهما زادت حصة كل منهما . وتسرى هذه الروح إلى النظام الانتاجى بكامله ، بصرف النظر عن الشــكل الذى يمكن أن تأخــذه المشــاركة بالأرباح فى القطاعات المختلفة .

ثبات قيمة النقود :

بافتراض استمرار الأخذ بمبدأ الاحتياطيات الجزئية ، تبقى المصــارف

التجارية (*) قادرة على التوسع الائتماني وخلق نقود جديدة [٣] ، غير أن هذه النقود الجديدة لن تظهر بعد ذلك فى صورة قروض تحمل فائدة . بل ستظهر غالباً فى صورة سلف مصرفية تشترط حصة فى الأرباح الفعلية للمشروع. وينعقد التمويل المصرفى،ومن ثم تخلق النقود ، عندما يقتنع كل من المصرف والمنظم بأن هناك توقعات حقيقية لخلق ثروة إضافية ، فتخلق نقود جديدة فقط عندما يكون ثمة احتمال قوى فى زيادة مقابلة فى عرض السلع والخدمات .

لكن ماذا لو جاء التوقع غير مصدق ، وآل المشروع إلى خسارة ؟ إن رأس المال يرد إلى المصرف ناقصاً بمبلغ الخسارة ، أى بقيمة تعادل القيمة الفعلية التى وصل إليها المشروع . وهكذا فإن عرض النقود ، فى النظام المصرفى الجديد القائم على المشاركة ، لا يسمح له بتجاوز عرض السلع والخدمات .

على أن جزءاً من التوسع الائتمانى سيحدث فى صورة قروض استهلاكية قصيرة الأجل خالية من الفائدة . وهذه القروض ستكون تضخمية ، إذ تزيد الطلب على السلع والخدمات بدون زيادة مقابلة فى عرضها . لكن يمكن للقروض الاستهلاكية أن لا تكون تضخمية ، وذلك عندما تنشأ مباشرة من المدخرات أو من الحصيلة الضريبية . ومن الطبيعى فى نظام مصرفى قائم على أساس المشاركة بالربح ، لا يمكن للمصارف أن تلعب إلا دوراً محدوداً فى تقديم القروض الخالية من الفائدة إلى المستهلكين ومثل هذه السياسة لاتزال من أكثر السياسات تفضيلا ، بالنظر إلى الأثر التضخمى للنقد المصرفى الممنوح قروضاً استهلاكية . على أن قروض المستهلكين الخالية من الفائدة يجب أن يكون مصدرها الإيراد الضريبى (الذى يشمل الزكاة) [٤]

(*) فى اطار اسلامى . المترجم :.

(٣) م.ن. صديقى : مصارف بلا فائدة ، ٧٧ ــ ٩٤ .

(٤) اقترح عدد من العلماء استخدام الزكاة فى منح قروض حسنة الى المستهلكين المحتاجين من بينهم حميد الله ، وأبو زهرة ، وخلاف . راجع تفاصيل ذلك فى فقه الزكاة ليوسف القرضاوى ، جـ ٢ ، ص ٦٤٣ ، بيروت ١٩٨٠ .

والمدخرات المتاحة للحكومة والوكالات العامة الأخرى ، خصوصاً لهذا الغرض .

ربما لا يكون ممكناً مواجهة جميع الاحتياجات المالية للقطاع الانتاجى على أساس المشاركة بالربح . فالتمويل الجسرى Bridge Finance والاحتياجات المالية ذات الأجل القصير جداً يمكن أن تتعين تغطيتها بالقروض الخالية من الفائدة ، فى الحالات التى لا يمكن فيها تقدير مساهمة هذه الأموال فى أرباح المشروع .

وبما أن المصارف لا تستطيع الحصول على أية عائدات مباشرة من مثل هذه العمليات الإقراضية ، فإن هذا النشاط لا يمكن أن يحتمل أبعاداً (نسباً) كبيرة . والحقيقة أنه قد يتوجب عليها الاقتناع بفعل ذلك من خلال تنظيمات خاصة وحوافز معينة [٥] .

ويمكن أن يتعين تقسيم هذه القروض إلى حصص وفقاً لاحتياجات أرباب الأعمال ، وهى الاحتياجات التى لا يمكن تغطيتها بطريق تمويلات المشاركة بالربح . وبرغم عدم إمكان حساب ربحيتها ، إلا أنها تساهم فى اتجاه خلق ثروة إضافية نتيجة تسهيل عملية الإنتاج ، وبذلك يمكن أن لا تكون تضخمية .. وعلى كل حال ، فإن تقديم قروض بلا فائدة إلى التجارة يمكن أن يبقى فقط فى الحدود التى تستطيع السلطة النقدية التحكم بها فعلا وبسرعة .

أما تقديم القروض اللاربوية إلى الحكومة ، فإن أثره على قيمة النقود يتوقف على الاستعمال الذى توضع فيه هذه الأموال المقترضة ، وكذلك على ما إذا كانت القروض ناشئة فى أصلها عن مدخرات أو عن نقد مصرفى . وأياً ما كان الأمر ، فإن الاقتراض العام للأغراض غير المنتجة من المصارف التجارية سيكون تضخمياً ، ولابد من حصره فى الحد الأدنى .

زيادة حجم الاستثمار :

إن التزام المنظم برد رأس مال القرض ودفع معدل فائدة محدد مسبقاً إلى

---

(٥) م.ن. صديقى : « مصارف بلا فائدة » ، سبق ذكره .

المصرف ، إنما يضع على إرادته فى المخاطر قيداً ثقيلا ، إذ لا يعود من الممكن القيام بأى مشروع ما لم تكن أرباحه المنتظرة كبيرة إلى حد كاف لتغطية خطر الخسارة ، وتأمين عائد مساو لمعدل الفائدة ، بالإضافة إلى إدرار فائض للمنظم نفسه يعادل على الأقل مكاسبه البديلة فى سوق العمل ، بيد أن التحول إلى المشاركة يلغى الالتزام بدفع معدل ثابت للعائد كالفائدة . ويبقى المنظم حريصاً على كسب الأرباح ، لأن مكافأته الخاصة تتراكم له فى شكل حصة من الأرباح الفعلية . فالمنظم هنا فى محاولته تأمين ربح لنفسه ، على الأقل مساو لمكاسبه البديلة كما بينا أعلاه ، إنما يؤمن معها رد رأس المال ورد عائد إيجابى عليه . ولما كان المنظم غير مقيد بالتزام تعاقدى لرد رأس المال والفائدة ، فإنه سيكون مقتنعاً بأن حصته ، الناجمة عن معدل ربح المشروع مضروباً بنسبة المشاركة [٦] فى الربح بينه وبين المصرف ، ستؤمن له عائداً مساوياً لمكاسبه البديلة . والغالب أن هذا المعدل الربحى للمشروع سيكون فى هذه الحالة (حالة المشاركة) أخفض منه فى حالة الأخذ بنظام الفائدة ، حيث يتوجب تغطية علاوة المخاطرة ، ومعدل الفائدة ، ومكافأة المنظم المساوية لمكاسبه البديلة . وهكذا فإن ترتيب المشاركة بالربح يمكن ، إذا بقيت الأشياء الأخرى على حالها ، أن يسمح للمنظمين بالقيام بعدد من المشروعات يستبعد فى ظل الترتيب القائم على الفائدة . لذلك فإن الطلب على الاستثمار يرجح أن يكون أعلى فى ظل الترتيب القائم على المشاركة بافتراض بقاء الأشياء الأخرى ثابتة .

وكما هو مبين أعلاه ، ليس هناك سبب للاعتقاد بأن يتأثر عرض الادخار تأثراً سلبياً ، بالتحول من الفائدة إلى المشاركة بالربح . فعند مستوى معين من عرض الادخار فى الودائع المصرفية ، يكون عرض الأموال الاستثمارية على المنظمين دالة موجبة لمعدل العائد الذى تتوقع المصارف تحقيقه . وفى غياب أى سبب قوى للاعتقاد بشىء آخر ، إذا افترضنا أن شكل منحنى

---

(٦) من أجل مناقشة موجزة لتحديد نسبة المشاركة ، انظر بحث المؤلف « اقتصاديات المشاركة ».

العرض ووضعه بقيا ثابتين ، فإن الانتقال إلى الأيمن فى منحنى الطلب على الاستثمار يرجح أن يؤمن حجماً أكبر من الاستثمار فى الاقتصاد ، إذا ما استبدلت المشاركة بالفائدة . والزيادة فى حجم الاستثمار تعنى الزيادة فى حجم التشغيل Employment وارتفاع مستوى الدخل .

العدالة فى التوزيع :

أكبر خسارة يمكن أن يتحملها منظم يعمل برأس مال مشارك فى الربح تتمثل فى أن يجد نفسه فى النهاية بلا أجر على خدماته التنظيمية . فإن عدم نجاحه فى المشروع لن يقتضى أى تحويل من أمواله الخاصة إلى مورد رأس المال ، كما هى الحال فى القروض ذات الفائدة . وبالمقابل فإن المشروع إذا نجح أدر على المنظم حصة من الأرباح المتحققة ، ولو كان معدل الربح قليلا . وفى هذا أيضاً تناقض حاد مع الترتيب الحالى الذى يحصل فيه المنظم على الباقى فقط بعد أن يكون رب المال قد نال استحقاقه من الفائدة المشروطة .

إن الترتيب الجديد يلغى أى تحويل صاف للثروة الموجودة من المنظمين إلى أصحاب الثروات . ذلك بأن الإضافة إلى ثروة أصحاب رؤوس الأموال إنما تتأتى من الثروة الإضافية التى تولدت من الاستخدام المنتج لرؤوس أموالهم بعضها يذهب لتعويض الخسائر التى ينظر إليها على أنها تآكل لرأس المال ، ويتحملها رب المال ، والباقى إضافة صافية إلى ثروة أصحاب المال . أما الحصص النسبية لأرباب المال والمنظمين من الإضافة الصافية للثروة الاجتماعية فهى تتبع ، فى الاقتصاد ، النسبة المتوسطة للمشاركة فى الربح .

وفى مجال تمويل المستهلكين والحكومة ، يستلزم استبدال الربح بالفائدة أن استخدام الأموال حيثما كان منتجاً للقيمة ، كانت لصاحبها حصة فى القيمة المضافة ، عدا الحالات التى لا يمكن فيها طبعاً تقدير هذه القيمة المضافة . وفى الحالات التى ليست فيها إنتاجية صافية ، إذا كان تقديم الأموال ضرورياً اجتماعياً ، فيجب ترتيبه على أساس غير تجارى ، كالقروض الخالية من الفائدة والمضمونة الرد . وسنناقش أدناه مناقشة موجزة أشكال هذا التصرف ، غير أن آثاره على توزيع الدخل والثروة يحسن بيانها فى هذه

المرحلة : فهذا التصرف يوقف أى تحويل فى الثروة الموجودة إلى أصحاب رأس المال مقابل استخدامه . فالثروة لن تجلب مزيداً من الثروة لأصحابها إلا عندما يؤدى استخدامها فعلا إلى خلق ثروة إضافيه . وعلى هذا الأساس لن يكون هناك تأثير سلبى على توزيع الدخل والثروة ، فى المجتمع كله ، كما هو الأمر فى نظام الفائدة تاريخياً .

إن الحصص النسبية لأصحاب رأس المال والمنظمين فى الإضافات الصافية إلى الثروة الاجتماعية ، والناشئة من استخدام المنظمين المنتج لرأس المال ، سوف تتوقف على وسطى نسبة المشاركة فى الأرباح بين الطرفين . ولما كانت هذه النسبة تتحدد بالعرض والطلب (٧) ، فإن قدرة أصحاب الثروات على تلقى حصة كبيرة من الثروة الاجتماعية المضافة لا يمكن إلغاؤها . فإذا ما نظر إلى هذا على أنه غير مرغوب احتاج المجتمع الى تدابير أخرى لمعالجة الوضع

تمويل الحكومة :

إن إمكانيات تمويل الحكومة بأموال مشاركة فى الربح قد سبق لنا بيانها فى موضع آخر (٨) . فهناك أنواع مختلفة من الأسهم والشهادات يمكن إيجادها لتعبئة الموارد من أجل المشاريع العامة ، وهى توفر لمقدمى المال حصة من الأرباح ، مع قدرتهم فى كل وقت على تصفية أسهمهم فى سوق نظامية للأسهم (٩) . غير أن هذا قد لا يلبى حاجة الحكومة إلى أموال قصيرة الأجل ، من أجل التمويل الجسرى Bridge Financing للانفاق الحكومى غير المنتج . ويمكن سد هذه الحاجة بإصدار شهادات قرض يتم تشجيع الاكتتاب فيها بإعفاءات ضريبية ملائمة (١٠) ، أو بإجبار المصارف التجارية على تخصيص حصة من ودائعها الحالة (تحت الطلب) لإقراض الحكومة ، بلا فائدة (١١)

---

(٧) م.ن. صديقى : « اقتصاديات المشاركة » ، سبق ذكره .
(٨) م.ن. صديقى : « مصارف بلا فائدة » ، سبق ذكره ، ص ١٣٨ ــ ١٥٣ .
(٩) م.ع. شابرا ، ص ١٦
(١٠) م.ن. صديقى : « مصارف بلا فائدة » ، سبق ذكره ، ص ١٥٣ ــ ١٦٣
(١١) م.ع. شابرا ، سبق ذكره ، ص ٣٠ ــ ٣١

وفى الكوارث العامة كالطوفان والمجاعة ، أو الطوارىء كالحرب ، يجب أن تلجأ الدولة إلى الهبات والقروض الخالية من الفائدة ، لسد الفجوة بفرائض خاصة وقروض إجبارية من هؤلاء الذين لديهم فائض يدخرونه (١٢) إذ إن اللجوء ، فى تلك الحالات ، إلى القروض بفائدة أمر خارج تماماً عن الموضوع .

فصـــل
فى مســـائل منثورة

إحداها : ليس لعامل القراض التصرف فى الخمر بيعاً ولا شراء وإن كان ذمياً ، فإن خالف واشترى خمراً ، أو خنزيراً ، أو أم ولد ، ودفع المال فى ثمنه ، ضمن ، عالماً كان أو جاهلا ، لأن الضمان لا يختلف بهما . هذا هو الصحيح ، وبه قطع الجمهور . وقيل : لا ضمان فى العلم والجهل ، وهو شاذ ضعيف . وقيل : يضمن فى العلم دون الجهل . وقيل : يضمن فى الخمر مطلقاً ، ولا يضمن فى أم الولد مع الجهل .

قلت : الوجه المذكور فى شراء الخمر عالماً ، أنه لا يضمنه ، هو فى الذمى دون المسلم ، لأنه يعتقده مالا ، قاله فى « البيان » . والله أعلم .

الثانية : قارضه على أن ينقل المال إلى موضع كذا ، ويشترى من أمتعته ثم يبيعها هناك ، أو يردها إلى موضع القراض ، قال الامام : قال الأكثرون بفساد القراض ، لأن نقل المتاع من بلد إلى بلد ، [عمل] زائد على التجارة ، فأشبه شرط الطحن والخبز ، ويخالف ما إذا أذن له فى السفر ، فإن الغرض منه نفى الحرج . وقال الأستاذ أبو إسحاق وطائفة من المحققين : لا يضر شرط المسافرة ، فإنها الركن الأعظم فى الأموال النفسية .

الثالثة : قال : خذ هذه الدراهم قراضاً ، وصارف بها مع الصيارفة ، ففى

---

(١٢) م.ن. صديقى : « نظرية الملكية فى الاسلام » ، جـ ٢ ، ص ٢٠٩ — ٢٣٨ ، المنشورات الاسلامية ، لاهور ، ط ٣ ، ١٩٧٧ (باللغة الاردية) .

صحة مصارفته مع غيرهم وجهان . وجه الصحة : أن مقصوده التصرف مصارفة .

الرابعة : خلط العامل مال القراض بماله ، صار ضامناً وكذا لو قارضه رجلان ، فخلط مال أحدهما بالآخر ، وكذا لو قارضه واحد على مالين بعقدين ، فخلطهما ، ضمن . فلو دفع إليه ألفاً قراضاً ، ثم ألفاً ، وقال : ضمه إلى الأول ، فإن لم يكن تصرف بعد فى الأول ، جاز ، وكأنه دفعهما إليه معاً ، وإن كان تصرف فى الأول ، لم يجز القراض فى الثانى ، ولا الخلط ، لأن الأول استقر حكمه بالتصرف ربحاً وخسراناً ، وربح كل مال وخسرانه يختص به . ولو دفع إليه ألفاً قراضاً ، وقال : ضم إليه ألفاً من عندك على أن يكون ثلث ربحهما لك وثلثاه لى ، أو بالعكس ، فسد القراض ، لما فيه من شرط التفاوت فى الربح مع التساوى فى المال ، ولا نظر إلى العمل بعد الشركة فى المال . ولو دفع إليه زيد ألفاً قراضاً ، وعمرو كذلك ، فاشترى لكل واحد عبداً بألف ، ثم اشتبها عليه ، فقولان . أحدهما : ينقلب شراء العبدين له ، ويغرم لهما ، لتفريطه . ثم المغروم عند الأكثرين الألفان . وقيل : يغرم قيمة العبدين وإن زادت . والقول الثانى : يباع العبدان ، ويقسم الثمن بينهما . فإن حصل ربح ، فهو بينهم على حسب الشرط . وإن حصل خسران ، قال الأصحاب : يلزمه ضمانه ، لتقصيره . واستدرك المتأخرون فقالوا : إن كان لانخفاض السوق ، لا يضمن ، لأن غايته أن يجعل كالغاصب ، والغاصب لا يضمن انخفاض السوق . قال الامام : والقياس مذهب ثالث غير القولين ، وهو أن يبقى العبدان لهما على الإشكال إن لم يصطلحا .

قلت : قال الجرجانى فى « المعاياة » : [و] لا يتصور خسران على العامل فى غير هذه المسألة .

وبقى من الباب مسائل .

منها : لو دفع إليه مالا وقال : إذا مت فتصرف فيه بالبيع والشراء ، ولك نصف الربح ، فمات ، لم يكن له التصرف ، بخلاف ما لو أوصى له بمنفعة

عين ، لأنه تعليق ، ولأن القراض يبطل بالموت لو صح . ولو قارضه على نقد ، فتصرف العامل ثم أبطل السلطان النقد ، ثم انفسخ القراض ، قال صاحب « العدة » و « البيان » : رد مثل النقد المعقود عليه على الصحيح . وقيل : من الحادث . ولو مات العامل ولم يعرف مال القراض من غيره ، فهو كمن مات وعنده وديعة ولم يعرف عينها ، وسيأتى بيانه فى كتاب الوديعة إن شاء الله تعالى .

ولو جنى عبد القراض ، قال فى « العدة » : للعامل أن يفديه من مال القراض على أحد الوجهين كالنفقة عليه . والله أعلم .



كتـــاب المســاقاة

قال المصنف رحمه الله تعالى

(تجوز المساقاة على النخل لما روى ابن عمر رضي الله عنه « عامل النبي صلى الله عليه وسلم اهل خيبر على شطر ما يخرج منها من ثمـــر وزرع » وتجوز على الكرم لأنه شجرة تجب الزكاة في ثمرته فجازت المساقاة عليــــه كالنخل ، وتجوز على الفسلان وصغار الكرم الى وقت تحمل ، لأنه بالعمــل عليها تحصل الثمرة كما تحصل بالعمل على النخل والكرم ، ولا تجـــوز على المباطخ والمقاثي والعلف وقصب السكر ، لأنها بمنزلة الزرع فكان المســاقاة عليها كالمخابرة على الزرع .

واختلف قوله في سائر الأشجار المثمرة كالتين والتفاح ، فقال في القديم : تجوز المساقاة عليها ، لأنها شجر مثمر فاشبه النخل والكـــرم . وقال في الجديد : لا تجوز لأنه لا تجب الزكاة في ثماره فلم تجز المساقاة عليه كالغرب والخلاف .

واختلف قوله في المساقاة على الثمرة الظاهرة فقال في الام : تجوز لأنه اذا جاز على الثمرة المعدومة مع كثرة الغرر ، فلأن تجوز على الثمرة الموجودة وهي من الغرر أبعد أولى . وقال في البويطي : لا تجوز ، لأن المساقاة عقد على غرر ، وانما أجيز على الثمرة المعدومة للحاجة الى استخراجها بالعمل ، فاذا ظهرت الثمرة زالت الحاجة ، فلم تجز) .

الشرح حديث ابن عمر رواه الجماعة ، وقد جاء في رواية الصحيحين عن ابن عمر أيضاً « أن النبي صلى الله عليه وسلم لما ظهر على خيبر سألته اليهود أن يقرهم بها على أن يكفوه عملها ولهم نصف الثمرة ، فقال لهم : نقركم بها على ذلك ما شئنا » وعن عمر « أن النبي صلى الله عليه وسلم عامل يهود خيبر على أن نخرجهم متى شئنا » رواه أحمد والبخاري بمعناه . وعن أبي هريرة رضي الله عنه قال : « قالت الأنصار للنبي صلى الله عليه وسلم اقسم بيننا وبين إخواننا النخل . قال : لا ، فقالوا : تكفونا العمل ونشرككم في الثمرة ؟ فقالوا : سمعنا وأطعنا » . رواه البخـاري . وعن س « أن

معاذ بن جبل أكرى الأرض على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبى بكر وعمر وعثمان على الثلث والربع،فهو يعمل به إلى يومك هذا» رواهابن ماجه. قال البخارى : وقال قيس بن مسلم عن أبى جعفر قال : ما بالمدينة أهل بيت هجرة إلا يزرعون على الثلث والربع وزارع على وسعد بن مالك وابن مسعود وعمر بن عبد العزيز والقاسم وعروة وآل أبى بكر وآل على وآل عمـر . قال : وعامل عمر الناس على أنه إن جاء عمر بالبذر من عنده فله الشطر وإن جاءوا بالبذر فلهم كذا »..

وقال الشافعى : « ساقى رسول الله صلى الله عليه وسلم أهل خيبر على أن نصف الثمر لهم فكان يبعث عبـد الله بن رواحة يتخرص بينه وبينهم ، ثم يقول : إن شئتم فلكم وإن شئتم فلى »..

والمساقاة على إطلاقها أن يدفع الرجل إلى آخر شجره ليقـوم بسقيه وعمل سائر ما يحتاج إليه بجزء معلوم له من ثمره ، إلا أن هذا التعريف على سعته يقتضى وقوع غبن وغرر إذا ظل على إطلاقه ، فقيد الشافعى هـذا المفهوم الواسع وقصره على ما يكفل الرفق بالعامل وصاحب المال ، فخص المساقاة فى قوله الجديد بالنخل والكروم وخصها داود بالنخل فقط ، وتجاوز مالك فجعلها تشمل الزرع والشجر واستثنى منها البقول ، وأجازها عبد الله ابن دينار فى البقول ، وجعلها أحمد فى الشجر والنخل والكرم .

(أما غريب الفصول) فقوله الغرب ضرب من الشجر يسمى بالفارسية استبندار . والخلاف شجر يستخرج منه ماء طيب كماء الورد ، وسـماه بالتخفيف وروى بالتشديد . وذكر ابن قتيبة فى كتاب عيون الأخبـار أن الخلاف شجر سقط ثمره قبل تمامه وهو الصفصاف .

اما الأحكام فقد ثبتت المساقاة بالسنة والإجماع ، فأما السنة فقـد مضى حديث ابن عمر المتفق عليـه ، وأما الإجمـاع فقد قال أبـو جعفر محمد بن على بن الحسين بن على بن أبى طالب رضى الله عنهـم : « عامل رسول الله صلى الله عليه وسلم أهل خيبر بالشطر ثم أبو بكر وعمر وعثمان . أهلوهم إلى اليوم يعطون الثلث والربع ، وهذا عمل به الخلفاء الراشدون

فى مدة خلافتهم » واشتهر ذلك فلم ينكره أحد ، فان عبد الله بن عمر الذى روى حديث معاملة أهل خيبر قــد رجع عنــه وقال : « كنا نخابر أربعين سنة حتى حدثنا رافع بن خديج أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن المخابرة » وهذا يمنع انعقاد الإجماع ويدل على نســخ حديث ابن عمــر لرجوعه عن العمل به إلى حديث رافع .

(قلت) هذا الكلام فيه نظر ، لأنه لا يجوز حمــل حديث رافع على مخالفة الإجماع ، ولا حديث ابن عمر ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم لم يزل يعامل أهل خيبر حتى مات ثم عمل به الخلفاء من بعده ، ثم مــن بعدهم ، فكيف يتصور نهى الرسول عن شىء ثم يخالفه ؟ أم كيف يعمــل بذلك فى عهد الخلفاء ولم يخبرهم من سمع النهى وهو حاضر معهم وعالم بفعلهــم فلم يخبرهم ؟ .

قال ابن قدامة : فلو صح خبر رافع لوجب حمله على ما يوافق السنة والإجماع وعلى أنه قد روى فى تفسير خبر رافع عنه ما يدل على صحة قولنا، فروى البخارى بإسناده قال : « كنــا نكرى الأرض بالناحية منهــا تسمى لسيد الأرض ، فربما يصاب ذلك وتسلم الأرض ، وربما تصــاب الأرض ويسلم ذلك فنهينا . فأما الذهب والورق فلم يكن يومئذ » وروى تفسيره أيضاً بشىء غير هذا من أنواع الفساد وهو مضطرب جداً .

وسئل أحمد بن حنبل عن حديث رافع فقال : رافع روى عنه فى هــذا ضروب قال الأثرم : كأنه يرى أن اختلاف الروايات عنه يوهن حديثه ، وقال طاوس : إن أعلمهم ــ يعنى ابن عباس ــ أخبر أن النبى صلى الله عليه وسلم لم ينه عنه ولكن قال (لأن يمنح أحدكم أخاه أرضه خير من أن يأخذ عليها خراجا معلوماً) متفق عليه .

وأنكر زيد بن ثابت حديث رافع عليه ، وكيف يجوز نسخ أمــر فعله النبى صلى الله عليه وسلم حتى مات وهــو يفعله ثم أجمع عليــه خلفاؤه وأصحابه بعد بخبر لا يجوز العمل به ولو لم يخالفه غيره ورجوع ابن عمر

إليه يحتمل أنه رجع عن شيء من المعاملات الفاسدة التى فسرهـا رافع فى حديثه . وأما غير ابن عمر فقد أنكر على رافع ولم يقبل حديثه وحمله على أنه غلط فى روايته والمعنى يدل عليه . فإن كثيراً مـن أصـحاب النخيـل والكروم يعجزون عن سقيه والقيام على شئونه .

وقال الماوردى فى الحاوى : والمساقاة فى تسميتها ثلاثة تأويلات (أحدها) أنها سميت بذلك لأنها مفاعلة على ما تشرب بساق (والثانى) أنها سميت بذلك لأن موضع النخل والشجر سمى سقيا فاشتقوا اسم المساقاة منـه (والثالث) أنها سميت بذلك بذلك لأن غالب العمل المقصود فيها هو السقى فاشتق اسمها منه .

قال : والمساقاة جائزة لا يعرف خلاف بين الصحابة والتابعين فى جوازها وهو قول الفقهاء كافة إلا أبا حنيفة وحده دون سائر أصحابه ، تفرد بابطالها ، وحكى عن النخعى كراهتها .

واستدل من نصر قول أبى حنيفة على إبطال المساقاة بنهى النبى صلى الله عليه وسلم عن الغرر ، وغرر المساقاة متردد بين ظهور الثمرة وعدمها ، وبين قلتها وكثرتها ، فكان الغرر فيها أعظم ، فاقتضى أن يكون بإبطال العقد أحق،ولأنه عقد على منافع أعيان باقية فامتنع أن يكون معقودا ببعضها كالمخابرة ولأنه عقد تناول ثمرة لم تخلق فوجب أن يكون باطلا كالبيع ، لأنه عمـل العوض عليه ثمرة لم تخلق فوجب أن يكون باطلا كما لو استؤجر على عمل بثمرة هذه الثمار فى القابل والمساقاة إجارة على عمل جعلت الثمرة فيه أجرة والأجرة لا تصـح إلا أن تكون معينة أو ثابتة فى الذمة ، وما تثمره نخـل المساقاة غير معين ولا ثابت فى الذمة فوجب أن تكون باطلة ولأن ما امتنع من المساقاة فيما سوى النخل والكرم من الشجر من جهالة الثمن منع فيها من النخل لجهالة الثمن .

فاذا ثبت ما ذكرنا فان المساقاة لا يصح فى الزروع لأنها كالمخابرة على الزروع وقد نهى عنها النبى صلى الله عليه وسلم لما رواه أحمد ومسلم عـن جابر قال « كنا نخابر على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فنصيب من

القصرى ومن كذا ومن كذا فقال النبى صلى الله عليه وسلم « من كان له أرض فليزرعها وليحرثها أخاه وإلا فليدعها » واختلف قوله فى سائر الأشجار فأجازها فى قوله القديم فى التين والتفاح لأنها شجر مثمر فأشبه النخل إلا أنه قال فى الجديد : والمساقاة جائزة بما وصفت فى النخــل والكروم دون غيرهما ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم أخذ صدقتهما بالخرص وثمرها مجتمع بائن من شجره ، ولا حائل دونه يمنع إحاطه النظر إليه ، وثمر غيرهما متفرق بين أصناف ورق شجره ولا يحاط بالنظر إليــه .

وجملة الثمر من النبات مثمرا على ثلاثة أقسام ، قسم لا يختلف مذهب الشافعى فى جواز المساقاة عليه وهو النخل والكرم ، وقال داود : المساقاة جائزة فى النخل دون الكرم ، وحكى عن الليث بن سعد جواز المساقاة فيما لم يكن بعلا من النخل ومنع منها فى البعل من النخل وفى الكرم ، واختلف أصحابنا فى جواز المساقاة فى الكرم ، هل قال به الشافعى نصاً أو قياسا ، فقال بعضهم : بل قال به نصا وهو ما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم ساقى فى النخل والكرم وقال آخرون ــ وهو الأشبه : إنه قال به قياسا على النخل من وجهين ذكرهما ، أحدهما : لاشتراكهما فى وجوب الزكاة فيهما ، والثانى : بروز ثمرهما وإمكان خرصهما .

(والقسم الثانى) مالا يختلف مذهب الشافعى فى بطلان المساقاة فيه ، وهو المقاثى والمباطخ والباذنجان ويسميها الزراعيون النباتات الزاحفة وهى التى تمتد أوراقها وعروقها على الأرض . وحكى عن مالك جوازها فى هــذا كله مالم يبد صلاحه .

(والقسم الثالث) ما كان شجرا وهو الذى له ساق من الخشب ففى جواز المساقاة عليه قولان ، أحدهما : وبه قال فى القديم وهو قول أبى ثور : إن المساقاة عليه جائزة ، ووجهه أنه لما اجتمع فى الأشجار معنى النخل مع بقاء أصلها ومنع إجارتها كانت كالنخل فى جواز المساقاة عليها ، مع أنه قد كان بأرض خيبر شجر لم يرو عن النبى صلى الله عليه وسلم إفرادها عن حكم النخل ، ولأن المساقاة مشتقة مما يشرب بساق .

(والقول الثانى) وبه قال فى الجديد ، وهو قول أبى يوسف أن المساقاة على الشجر باطلة اختصاصا بالنخل والكرم لما ذكره الشافعى من المعنيين فى الفرق بين النخل والكرم وبين الشجر .

(أحدهما) اختصاص النخل والكرم بوجوب الزكاة فيهما دون ما سواهما من جميع الأشجار .

(والثانى) بروز ثمرهما وإمكان خرصهما دون غيرهما من سائر الأشجار ، فأما إذا كان بين النخل شجر قليل فساقاة عليها صحت المساقاة فيها وكان الشجر تبعا كما تصح المخابرة فى البياض الذى بين النخل ويكون تبعا .

[فائدة] قولنا : النباتات الزاحفة : كالبطيخ والشمام والدباء والقثاء والخيار ، والمتسلقة كالعنب والياسمين واللوف ، والنباتات الدرنية كالبطاطس والقلقاس والبطاطا وهذه كلها لا يجوز المساقاة فيها واختلفوا كما ذكرنا فى الأشجار الخشبية المثمرة الفواكه كالتفاح والبرتقال والمانجو فعلى الجديد لا تصح فيها المساقاة .

فوائد اصــــولية

انعقد إجماع الصحابة عــن سيرة أبى بكر وعمــر رضى الله عنهمــا فى مساقاة أهل خيبر بعد النبى صلى الله عليه وسلم اتباعا له إلى أن حدث من إجلائهم ما حدث ، ثم الدليل من طريق المعنى هو أنها عين تنمى بالعمل فإذا لم تجز إجارتها جاز العمل عليها ببعض نمائها كالدراهم والدنانير فى القراض ثم الاستدلال بالقراض من وجهين (أحدهما) ذكره أبو على بن أبى هريرة أن الأمة مجمعة على جواز القراض وما انعقد الإجماع عليه فلابد أن يكون حكمه مأخوذاً عن توقيف أو اجتهاد يرد إلى أصــل ، وليس فى المضــاربة توقيف نص عليه فلم يبق إلا توقيف اجتهاد أدى إلى إلحاقه بأصل ، وليس فى المضاربة فى الشرع أصل ترد إليه إلا المساقاة ، وإذا كانت المساقاة أصلا لفرع مجمع عليه كانت أحق بالإجماع عليه (والثانى) ذكره أبــو حامــد

الإسفراييني وهو أنه لما جازت المضاربة إجماعا وكانت عملا على عوض مظنون من ربح مجوز كانت المساقاة أولى بالجواز لأنها عوض على عمل معتاد من ثمرة نمائية . والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل ولا تجوز الا على شجر معلوم ؛ وان قال : ساقيتك على أحد هذين الحائطين لم يصح ، لأنها معاوضة يختلف الغرض فيها باختلاف الأعيان فلم يجز على حائط غير معين كالبيع وهل يجوز على حائط معين لم يره ؟ فيه طريقان (احدهما) : انه على قولين كالبيع (والثاني) : انه لا يصح قولا واحدا لأن المساقاة معقودة على الغرر فلا يجوز ان يضاف اليها الغرر لعدم الرؤية بخلاف البيع .

(فصل) ولا تجوز الا على مدة معلومة لأنه عقد لازم ، فان جوزناه مطلقا استبد العامل بالأصل فصار كالمالك ، ولا تجوز على اقل من مدة توجد فيها الثمرة ، فان ساقاه على النخل او على الودى الى مدة لا تحمل لم يصح ، لأن المقصود أن يشتركا في الثمرة ؛ وذلك لا يوجد ؛ فان عمل العامل فهل يستحق اجرة المثل ؟ فيه وجهان .

(احدهما) لا يستحق ، وهو قول المزني ، لأنه رضي ان يعمل بغير عوض فلم يستحق الأجرة كالمتطوع في غير المساقاة .

(والثاني) انه يستحق ، وهو قول ابي العباس ، لأن العمل في المساقاة يقتضي العوض فلا يسقط بالرضا بتركه كالوطء في النكاح ، وان ساقاه الى مدة قد تحمل وقد لا تحمل ففيه وجهان :

(احدهما) انها تصح لأنه عقد الى مدة يرجى فيها وجود الثمرة ، فاشبه اذا ساقاه الى مدة توجد الثمرة فيها في الغالب .

(والثاني) انها لا تصح وهو قول ابي اسحاق لأنه عقد على عوض غير موجود ، ولا الظاهر وجوده ، فلم يصح ، كما لو أسلم في معدوم الى محل لا يوجد في الغالب ، فعلى هذا ان عمل استحق اجرة المثل ، لأنه لم يرض أن يعمل من غير ربح ، ولم يسلم له الربح ، فرجع الى بدل عمله .

واختلف قوله في اكثر مدة الاجارة والمساقاة ، فقال في موضع : سنة ، وقال في موضع : يجوز ما شاء ، وقال في موضع : يجوز ثلاثين سنة ، فمن اصحابنا من قال : فيه ثلاثة اقوال .

(احدها) لا تجوز باكثر من سنة ، لأنه عقد على غرر اجيز للحاجة ، ولا تدعو الحاجة الى اكثر من سنة ، لان منافع الأعيان تتكامل فى سنة .

(الثانى) تجوز ما بقيت العين ؛ لان كل عقد جاز الى سنة جاز الى اكثر منها ، كالكتابة والبيع الى اجل .

(والثالث) انه لا تجوز اكثر من ثلاثين سنة ؛ لأن الثلاثين شطر العمر ، ولا تبقى الأعيان على صفة اكثر من ذلك ، ومنهم من قال : هى على القولين الأولين ، واما الثلاثون فانما ذكره على سبيل التكثير ، لا على سبيل التحديد ، وهو الصحيح .

فان ساقاه الى سنة لم يجب ذكر قسط كل شهر ، لأن شهور السنة لا تختلف منافعها ، وان ساقاه الى سنتين ففيه قولان :

(احدهما) : لا يجب ذكر كل سنة ، كما اذا اشترى اعيانا بثمن واحد ، لم يجب ذكر قسط كل عين منها .

(والثانى) : يجب ، لأن المنافع تختلف باختلاف السنين ، فاذا لم يذكر قسط كل سنة ، لم نامن ان ينفسخ العقد فلا يعرف ما يرجع فيه من العوض ، ومن اصحابنا من قال : القولان فى الاجارة ، فاما فى المساقاة فانه يجب ذكر قسط كل سنة من العوض ، لأن الثمار تختلف باختلاف السنين ، والمنافع لا تختلف فى العادة باختلاف السنين .

(فصـــل) واذا ساقاه الى عشر سنين فانقضت المدة ثم اطلعت ثمرة السنة العاشرة ، فلم يكن للعامل فيها حق لأنها ثمرة حدثت بعد انقضاء العقد. وان اطلعت قبل انقضاء المدة وانقضت المدة وهى طلع او بلح ، تعلق بها حق العامل ، لأنها حدثت قبل انقضاء المدة) .

الشرح قال الشافعى : فاذا ساقى على النخل والعنب بجزء معلوم فهى المساقاة التى ساقى عليها رسول الله صلى الله عليه وسلم .

(قلت) إذا تقرر هذا ، فان المساقاة من العقود اللازمة وليست من العقود الجائزة كالمضـــاربة ، والفرق بينهما أن نماء النخـــل فى المســـاقاة متأخـــر عن العمل ، فكان فى ترك لزومه تفويت العمـــل بغير بدل ، ونمـــاء المال فى المضاربة متصل بالبيع فلم يكن فى ترك لزومه تفويت للعمل بغير بدل فلذلك انعقد لازما فى المساقاة وجائزاً فى المضـــاربة ، وإذا كان كذلك فان صـــحة العقد فيها متعتبرة بأربعة شروط :

(أحدها) أن يكون النخل معلوما (ثانيها) أن يكون نصيب العامل معلوما (ثالثها) أن تكون المدة لهما معلومة (رابعها) أن تعقد بلفظ المساقاة.

فقولنا : أن تكون النخل معلومة ، فان كانت مجهولة بأن قال : ساقيتك أحد حوائطى أو على مال يثبت من نخلى كان باطلا ، لأن النخل أصل فى العقد فبطل بالجهالة كالبيع ، فلو ساقاه على نخل غائب بشرط خيار الرؤية فقد اختلف أصحابنا فيه ، فخرجه بعضهم على قولين كالبيع ، وذهب آخرون منهم — وهو الأصح — إلى فساد العقد قولا واحداً .

وفرقوا بين المساقاة والبيع بأن البيع يغرى بالغرر ، فإذا دخل عليه غرر العين الغائبة بخيار الرؤية ، جرى على احتماله فصح فيه ، وعقد المساقاة غرر . فاذا دخل عليه غرر العين الغائبة صعب احتماله فبطل فيه ، وإذا لم يكن يجوز إلا على معين مشاهد — فإن كانت عند عقد المساقاة مثمرة — فقد قال المزنى : إن كان ذلك قبل بدو الصلاح جاز . وإن كان بعده لم يجز .

وقال أبو ثور : إن احتاجت إلى القيام بها حتى يطيب جاز ، وإن لم تحتج لم يجز . وقال أبو يوسف ومحمد : إن كانت تزيد جاز ، وإن لم تزد لم يجز. أما الشافعى فقد حكى عنه فى الإملاء جوازه من غير تفصيل ، لأنه لما جازت المساقاة على ثمرة معدومة كان جوارها بالمعلومة أولى ، ولعل هذا على قوله فى الأم : إنه أجير ، والمشهور من مذهبه والأصلح على أصله أن المساقاة باطلة بكل حال . وقد حكى البويطى ذلك عنه نصاً كما أشار إليه الماوردى ، لأن علة جوازها عنده أن لعمله تأثيراً فى حدوث الثمرة ، كما أن لعامل المضاربة تأثيرا فى حصول الربح . ولو حصل ربح المال قبل عمل العامل لم يكن له فيه حق ، كذلك المساقاة ، فلو ساقاه على النخل المثمرة على ما تحدث من ثمرة العام المقبل لم يجزه لأنه قد يتعجل العمل فيها استصلاحا لثمرة قائمة من غير بدل .

فرع فاذا ثبت أن المساقاة عقد لازم فانها لا تجوز إلا على مدة معلومة وهذا الشرط هو أحد الشروط الأربعة أن يكون النخل معلوماً ، وأن يكون نصيب العامل من الثمرة معلوما مدة تكون لهما معلومة . وأن

يعقد بلفظ المساقاة وقال بعض أصحاب الحديث : يجوز إطلاقها من غير تقدير بمدة محددة ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم لم يقدر لأهل خيبر مدة .

وقال أبو ثور : إن قدر مدة لزمت إلى انقضائها . وإن لم يقدر مدة صحت وكانت على سنة واحد ، وكلا القولين خطأ عندنا ، فإذا كانت المدة المعلومة شرطاً فيها فأقلها مدة تطلع فيها الثمرة وتستغنى عن العمل ، ولا يجوز أن يقدرها بذلك حتى يقدرها بالشهور التى قد أجرى الله تعالى العادة بأن الثمار تطلع فيها طلوعا متناهياً ، فان تأخر طلوعها فيها بحادث أطلعت بعد تقضيها فعلى الأصح من المذهب فى أن العامل شريك تكون بينهما ، وإن انقضت المدة ، وإن استحق الثمرة إلا فيما اختص بالثمرة من تأبير وتلقيح ان قيل بأن العامل أجير فلا حق له فى الثمرة الحادثة بعد انقضاء المدة وانقطاع العمل ، ولا يستهلك عمله بغير بدل فيحكم له حينئذ بأجرة المثل ، فأما أكثر مدة المساقاة فقد قال الشافعى : تجوز المساقاة سنين .

(قلت) فاذا عرفنا أن أقلها مدة تطلع فيها الثمرة وتستغنى عن العمل فإن أقصاها ، كما حكى الماوردى أنها كالإجارة ، وقد رأينا كيف اختلف قول الشافعى فى أكثر مدة الإجارة على قولين : (أحدهما) لا يجوز إلا سنة واحدة لزيادة الغرر فيما زاد على السنة . (والقول الثانى) يجوز سنين كثيرة .

قال الشافعى : يجوز ثلاثين سنة . فمن أصحابنا من جعل الثلاثين حدا لأكبر كثير المدة اعتبارا بظاهر كلامه . وذهب سائرهم ـ وهو الصحيح ـ إلى أن قوله ثلاثين سنة ليس بحد لأكثر المدة ، ولهم فيه تأويلان (أحدهما) أنه قاله على وجه التكثير (والثانى) أنه محمول على مالا يبقى أكثر من ثلاثين سنة .

فعلى هذا تجوز الإجارة سنين كثيرة . فهل ذكر أجرة كل سنة لازم فيها ؟ على قولين (أحدهما) يلزم أن يبين أجرة كل سنة منها (والثانى) لا يلزم .

فأما المساقاة فأحد القولين أنها لا تجوز أكثر من سنة واحدة كما

لا تجوز الإجارة أكثر من سنة (والثانى) تجوز سنين كثيرة يعلم بقاء النخل إليها كما تجوز الإجارة سنين كثيرة .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل ولا تجوز الا على جزء معلوم ، فان ساقاه على جزء مقـــدر كالنصف والثلث جاز ، لحديث ابن عمر ، فان عقد على جزء غير مقدر كالجزء والسهم والنصيب لم يصح ، لان ذلك يقع على القليل والكثير ، فيعظم الغرر . وان ساقاه على صاع معلوم لم يصح ، لانه ربما لم يحصل ذلك فيســتضر العامل ، وربما لا يحصل الا ذلك فيستضر رب النخل ، وان ساقاه على ان له ثمر نخلات بعينها ، لم يصح ، لانه قد لا تحمــل تلك النخــلات فيستضر العامل ، او لا يحمل الا هى فيستضر رب النخل . وان ساقاه عشر سنين وشرط له ثمرة سنة غير السنة العاشرة لم يصح ، لانه شرط عليه بعد حقــه عملا لا يستحق عليه عوضا ، وان شرط له ثمــرة الســنة العاشرة ، ففيــه وجهان :

(احدهما) انه يصح كما يصح ان يعمل فى جميع السنة ؛ وان كانت الثمرة فى بعضها .

(والثانى) لا يصح لانه يعمل فيها مدة تثمر فيها ، ولا يستحق شــيئا من ثمرها .

فصـــل ولا يصح الا على عمل معلوم فان قال : ان سقيته بالســيح ، فلك الثلث ، وان سقيته بالناضح ، فلك النصف ، لم يصــح لانه عقــد على مجهول .

فصـــل وتنعقد بلفظ المساقاة لانه موضوع له وتنعقد بما يؤدى معناه ، لان القصد منه المعنى ، فصح بما دل عليه ، فان قال : اســتاجرتك لتعمــل فيه على نصف ثمرته لم تصح ، لانه عقد الاجارة بعوض مجهول القدر ، فلم تصح) .

الشرح حديث ابن عمر هو حديث معاملة الرسول صلى الله عليه وسلم لأهل خيبر ، وقد مضى تخريجــه وبيان طــرقه وكذلك من رجــوع ابن عمر عنه .

اما اللغات فالسيح هو المــاء الجارى ويسميه الفــلاحون فى مصر

(الرى بالراحة) وهو ما لا يحتاج إلى شد بالشواديف والسواقى وإنما يرفع الماء عن جداوله إلى سطح الأرض فيفتح له الفلاح فتحة فيسيح إلى الحقل سيحانا أى ينساب إليها ويغمرها .

اما الأحكام فقد قال الشافعي : ولا تجوز المساقاة إلا على أجر معلوم

قلت : وجملة ذلك أنه عقد معاوضة فلم يصح مع جهالة العوض كالبيع والإجارة ، فلو ساقاه على ما يكفيه أو ما يرضيه بطلت المساقاة للجهل بقدر نصيبه منها ، إذ قد لا يرضيه إلا جميعها ، ولا يكفيه إلا أكثرها .

فإن قيل : فإذا صحت المساقاة مع الجهالة بقدر الثمرة فهل صحت مع الجهالة بقدر نصيبه من الثمرة ؟ قيل : لأن العلم بقدر ما يحدث من الثمرة غير ممكن فلم يعتبر العلم بقدر نصيبه منها

فـــرع قال الشافعي : فإن ساقاه على أن له ثمر نخلات بعينها من الحائط لم يجز قال الماوردى : وهذا صحيح لأن عقد المساقاة يوجب اشتراك العامل ورب النخل ، فإذا عقداها على أن للعامل ثمر نخلات بعينها منها وأفضى إلا أن يستبد أحدهما بجميع الثمرة دون صاحبه ، لأنه قد يجوز ألا تحمل تلك النخلات فيتصرف العامل بغير شيء ، ويجوز ألا تحمل غير تلك النخلات فينصرف رب المال بغير شيء فلذلك بطل ا هـ .

فـــرع وتحديد نصيب العامل من الثمرة بقدر معلوم أحد شروط عقد المساقاة ، على أن يكون شائعاً في الثمرة غير معين مـن نصف أو ربع أو ثلث أو عشر قل ذلك الجزء أو كثر . فان جهل نصيبه بأن جعل له ما يرضيه أو ما يكفيه أو بما يحكم له الحاكم لم يجـز للجهل به ، وهكذا لو جعل له منها مائة صاع مقدرة لم يجز للجهل به من جملة الثمرة وأنه ربما كان جميعها أو سهما يسيراً منهـا .

فلو قال : قد ساقيتك على هذه النخل سنة ولم يذكر قدر نصيبه من ثمرها فقد حكى عن أبى العباس بن سريج جوازها وجعل الثمرة بينهما نصفين

بالسوية حملا لهما على عرف الناس فى المساقاة وتسويته بينها فى الثمرة . وقد خطأ الماوردى هذا لأن ترك ذكر العوض فى العقد لا يقتضى حمله على معهود الناس عرفا كالبيع والإجارة مع أن العرف مختلف .

فاذا قال : عاملتك على هذه النخل سنة ولم يذكر قدر نصيبه منها لم يجز عند أبى العباس لأنه ليس للمعاملة عنده عرف .

فلو قال : ساقيتك على مثل ما ساقى زيد عمراً فإن علما قدر ذلك جاز ، وإن جهلاه أو أحدهما لم يجز ، ويجوز أن يكون النصيب مختلفا فيكون فى السنة الأولى النصف والثانية الثلث ، والثالثة الربع ، ومنع مالك من اختلاف نصيب العامل فى كل عام حتى يتساوى نصيبه فى جميع الأعوام، وهذا خطأ ، لأن ما جاز أن يكون العوض فى أحواله متفقا جاز أن يكون مختلفاً كالبيع والإجارة ، فاذا علم نصيب العامل ورب المال فمذهب الشافعى أن العامل شريك فى الثمرة بقدر حصته .

وقد خرج قول آخر أنه أجير كالمضاربة ، ويخص رب المال تحمل الزكاة دون العامل ، والأصح أنه شريك تجب الزكاة عليه إن بلغت حصة كل واحد منهما نصاباً ، ففى وجوب الزكاة قولان من اختلاف قولين فى الخلطة فى غير المواشى هل يكون كالخلطة فى المواشى ، وقد مضى فى الزكاة مزيد فائدة فراجعه .

فــرع الشرط الرابع من شروط عقدها بلفظ (ساقيتك) لينتفى الاحتمال عنها فإن عقداه بلفظ الإجارة فيها لا تصح ، فإذا عقدا بلفظ الإجارة انصرف إلى الإجارة فبطل ، وإن لم يعقداه بواحدة من اللفظين وقال : عاملتك عليها بالعمل فيها على الشرط من ثمرها ففيه وجهان .

(أحدهما) أن العقد صحيح لأن هكذا يكون عقد المساقاة (والثانى) أن العقد باطل لأن هذا من أحكام العقد ، وهذان الوجهان من اختلاف أصحابنا فى البيع على ما فصله واستقصاه مجيداً سلفنا السبكى فى التكملة الأولى إذا عقد بلفظ التمليك .

فــرع في مذاهب العلماء .

مذهبنا أن المساقاة لا تجوز إلا في النخيل والكرم ، لأن الزكاة تجب في ثمرتهما وفي سائر الشجر قولان (أحدهما) لا تجوز فيه ، لأن الزكاة لا تجب في نمائه فأشبه مالا ثمرة له (والثاني) تجــوز وهــو قوله في القديم وقال أبو حنيفة وزفر : لا تجوز بحال لأنها إجارة بثمرة لم تخلق أو إجارة بثمرة مجهولة أشبه إجارة نفسه بثمرة غير الشجر الذي يسقيه ، ولا تجوز المساقاة في البقول بالإجماع وقال مالك وأحمد والثوري والأوزاعي وأبو يوسف ومحمد وإسحاق وأبو ثور : المساقاة جائزة في جميــع الشجر المثمر ، قال ابن قدامة في المغني : وهو قول الخلفاء الراشــدين وابن المسيب وســالم ابن عبد الله وقال داود : لا يجوز إلا في النخيل لأن الخبر إنما ورد فيها .

ولنا على أبي حنيفة وزفر في قولهم : إنها إجارة : أنه عقد على العمــل في المال ببعض نمائه فهو كالمضاربة ، وينكر ما ذكراه بالمضاربة فانه يعمــل في المال بنمائه وهو معدوم مجهول وقد جاز بالإجماع ، وهذا في معنــاه ، ثم قد جوز الشارع العقد في الإجــارة على المنافع المعدومة للحاجة ، فلم لا يجوز على الثمرة المعدومة للحاجة ، مع أن القياس إنما يكون في إلحاق المسكوت عنه بالمنصوص عليه أو المجمع عليه . فأما في إبطال نص وخرق إجماع بقياس نص آخر فلا سبيل إليه .

فــرع وتصح المساقاة وما يؤدي معناها من الألفاظ نحو عاملتك وفالحتك ولا يصح أن يقول : استأجرك لتعمل على نصف ثمرته ، لأنه عقــد إجارة بعوض مجهول القدر فلم يصح ، وهو أحد الوجهين عند أصــحاب أحمد ذكره أبو الخطاب (والثاني) يصــح وهــو المذهب عنــدهم قال ابن قدامة : وهو الأقيس .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصــل ولا يثبت فيه خيار الشرط لانه اذا فسخ لم يمكن رد المعقود عليه ، وفي خيار المجلس وجهان :

(احدهما) يثبت فيه لانه عقد لازم يقصد به المال ، فيثبت فيه خيـــار المجلس ، كالبيع .

(والثانى) لا يثبت ، لانه عقد لا يعتبر فيـه قبض العوض فى المجلس ، فلو ثبت فيه خيار المجلس لثبت فيه خيار الشرط كالبيع .

(فصـــل) واذا تم العقد لم يجز لواحد منهما فسخه لأن النماء متاخر عن العمل ، فلو قلنا : انه يملك الفسخ لم يامن آن يفسخ بعد العمل ، ولا تحصل له الثمرة .

فصـــل وعلى العامل ان يعمل ما فيه مستزاد فى الثمرة من التلقيح ، وصرف الجريد ، واصـلاح الأجاجين ، وتنقية الســواقى ، والســقى وقلع الحشيش المضر بالنخل ، وعلى رب النخل عمل ما فيه حفظ الأصل من سد الحيطان ، ونصب الدولاب ، وشراء الثيران ، لأن ذلك يراد لحفظ الأصل ، ولهذا من يريد انشاء بستان فعل هذا كله .

واختلف اصحابنا فى الجذاذ واللقاط ، فمنهم من قال : لا يلزم العـــامل ذلك ، لأن ذلك يحتاج اليه بعد تكامل النماء ، ومنهـم من قال : يلزمه لانه لا تستغنى عنه الثمرة .

فصـــل وان شرط العامل فى القراض والمساقاة ان يعمل معه رب المال لم يصح لأن موضوع العقد أن يكون المال من رب المال والعمل من العامل ، فاذا لم يجز شرط المال على العامل ، لم يجز شرط العمل على رب المال . وان شرط ان يعمل معه غلمان رب المال فقد نص فى المساقاة انه يجوز . واختلف اصحابنا فيها على ثلاثة اوجه ، فمنهم من قال : لا يجوز فيهما لأن عمـــل الغلمان كعمل رب المال ، فاذا لم يجز شرط عمله لم يجز شرط عمل غلمانه ، وحمل قوله فى المساقاة على انه اراد ما يلزم رب المال من سد الحيطان وغيره .

(والثانى) يجوز فيهما ، لأن غلمانه ماله ؛ فجاز ان يجعل تابعا لماله كالثور والدولاب والحمار لحمل المتاع ، بخلاف رب المال فانه مالك ، فلا يجوز أن يجعل تابعا لماله .

(والثالث) انه يجوز فى المساقاة ولا يجوز فى القراض ، لأن فى المساقاة ما يلزم رب المال من سد الحيطان وغيره فجاز ان يشترط فيها عمل غلمانه وليس فى القراض ما يلزم رب المال ، فلم يجز شرط غلمانه . فاذا قلنا : انه يجوز ، لم يصح ، حتى تعرف الغلمان بالرؤية او الوصف ، ويجب ان يكون الغلمان تحت أمر العامل ، واما نفقتهم فانه ان شرط على العامل جاز ، لأن بعملهم ينحفظ الأصل ، وتزكو الثمرة ؛ وأن لم يشرط ففيه ثلاثة أوجه :

(احدها) انها على العامل ، لأن العمل مستحق عليه فكانت النفقة عليه.

(والثانى) انها على رب المال ، لانه شرط عملهم عليه فكانت النفقة عليه .

(والثالث) انها من الثمرة لان عملهم على الثمرة فكانت النفقة منها .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصـــل) واذا ظهرت الثمرة ففيه طريقان من اصحابنا من قال : هى على القولين فى العامل فى القراض (احدهما) تملك بالظهور (والثانى) بالتسليم ومنهم من قال فى المساقاة : تملك بالظهور قولا واحداً ، لان الثمرة لم تجعل وقاية لراس المال فملك بالظهور ، والربح جعل وقاية لراس المال ، فلم يملك بالظهور فى احد القولين .

(فصـــل) والعامل امين فيما يدعى من هلاك ، وفيما يدعى عليه من خيانة ، لانه ائتمنه رب المال فكان القول قوله ، فان ثبتت خيانته ، ضـــم اليه من يشرف عليه ولا تزال يده ، لان العمل مستحق عليه ، ويمكن استيفاؤه منه ، فوجب أن يستوفى ، وان لم ينحفظ استؤجر عليه من ماله من يعمل عنه، لانه لا يمكن استيفاء العمل بفعله فاستوفى بغيره .

(فصـــل) وان هرب رفع الامر الى الحاكم ليستاجر من ماله من يعمل عنه ، فان لم يكن مال ، اقترض عليه ـ فان لم يجد من يقرضه ـ فلرب النخل ان يفسخ ، لانه تعذر استيفاء المعقود عليه فثبت له الفسخ ، كما لو اشترى عبداً فابق من يد البائع ، فان فسخ ـ نظرت فان لم تظهر الثمرة ـ فهى لرب النخل لان العقد زال قبل ظهورها ، وللعامل اجرة ما عمل ، وان ظهرت الثمرة فهى بينهما ، فان عمل فيه رب النخل او استاجر من عمل فيـــه بغير اذن الحاكم لم يرجع ، لانه متبرع ، وان لم يقدر على اذن الحاكم فان لم يشهد لم يرجع ، لانه متبرع ، وان اشهد ففيه وجهان .

(احدهما) يرجع لانه موضع ضرورة .

(والثانى) لا يرجع لانه يصير حاكما لنفسه على غيره ، وهذا لا يجـــوز لا لضروة ولا لغيرها .

(فصـــل) وان مات العامل قبل الفراغ فان تمم الوارث العمل استحق نصيبه من الثمرة وان لم يعمل ـ فان كان له تركة ـ استؤجر منها من يعمل لانه حق عليه يمكن استيفاؤه من التركة ، فوجب أن يستوفى ، كما لو كان عليه دين وله تركة ، وان لم تكن له تـــركة لم يلزم الوارث العمـــل ، لان ما لزم الموروث لا يطالب به الوارث ، كالدين . ولا يقترض عليه لانه لا ذمة له ولرب

النخل أن يفسخ ، لانه تعذر استيفاء المعقود عليه ، فان فسخ كان الحكم فيه على ما ذكرناه في العامل اذا هرب .

فصــل وان ساقى رجلا على نخل على النصف ، فعمل فيه العــامل وتقاسما الثمرة ثم استحق النخل ، رجع العامل على من ساقاه بالأجرة ، لأنه عمل بعوض ، ولم يسلم له العوض ، فرجع ببدل عمله ، فان كانت الثمرة باقية اخذها المالك ، فان تلفت رجع بالبدل ، فان اراد تضمين الغاصب ضمنه الجميع لأنه حال بينه وبين الجميع ، وان أراد أن يضمن العامل ، ففيــه وجهان :

(احدهما) يضمنه الجميع لأنه ثبتت يده على الجميع فضمنه ، كالعامل في القراض في المال المغصوب .

(والثاني) لا يضمن الا النصف لأنه لم يحصل في يده الا ما اخذه بالقسمة وهو النصف ، فأما النصف الآخر فانه لم يكن في يده ، لأنه لو كان في يده لزمه حفظه ، كما يلزم العامل في القراض .

(فصــل) اذا اختلف العامل ورب النخل في العوض المشروط ، فقال العامل : شرطت لي النصف ، وقال رب النخل : شرطت لك الثلث ، تحالفا ، لأنهما متعاقدان اختلفا في العوض المشروط ولا بينة ، فتحالفا كالمتبايعين اذا اختلفا في قدر الثمن . وبالله التوفيق .

الشرح الأحكام إذا ظهرت الثمرة ففي استحقاق العامل حصته طريقان ، من أصحابنا من قال : هي على القولين (أحدهما) يملك العامل حصته من الثمرة بظهورها ، فلو أتلفت كلها إلا واحــدة ، كانت بينهمــا (والثاني) يملكه بالتسليم ومن أصحابنا من قال : يملك العامل حصته بالظهور قولاً واحداً وهو قول أحمد وأصحابه .

ذلك لأن الشرط صحيح فيثبت مقتضاه كســائر الشروط الصحيحة ، ومقتضاه كون الثمرة بينهما على كل حال ، لأنه لو لم يملكها قبل القســمة لما وجبت القسمة ولا ملكها كالأصــول .

وأما القراض فانه يملك الربح فيه بالظهور كمسألتنا ، ثم الفرق بينهما أن الربح وقاية لرأس المال فلم يملك حتى يسلم رأس المال لربه ، وهذا ليس بوقاية لشيء ، ولذلك لو تلفت الأصــول كلها كانت الثمرة بينهما .

اذا ثبت هذا فانه يلزم كل واحد منهما زكاة نصيبه إذا بلغت حصته نصاباً ، وبه قال أحمد ونص عليه فى المزارعة . وإن لم تبلغ النصاب إلا بجمعهما لم تجب لأن الخلطة لا تؤثر فى غير المواشى فى الصحيح .

فـــرع وإن كان أحد الشريكين ممن لا زكاة عليه كالمكاتب والدمى فعلى الآخر زكاة حصته إن بلغت نصاباً وبهذا قال أحمد ومالك . وقال الليث : إن كان شريكه نصرانيا أعلمه أن الزكاة مؤداة فى الحائط ثم يقاسمه بعد الزكاة ما بقى .

ولنا أن النصرانى لا زكاة عليه فلا يخرج من حصته شىء كما لو انفرد بها وقد أخرج أبو داود فى السنن عن عائشة رضى الله عنها قالت : « كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يبعث عبد الله بن رواحة فيخرص النخل حين يطيب قبل أن يؤكل منه ثم يخير يهود خيبر أيأخذونه بذلك الخرص أم يدفعونه إليهم بذلك الخرص لكى تحصى الزكاة قبل أن تؤكل الثمار وتفرق قال جابر :خرصها ابن رواحة أربعين ألف وسق وزعم أن اليهود لما خيرهم ابن رواحة أخذوا الثمر وعليهم عشرون ألف وسق .

فـــرع والعامل أمين والقول قوله فيما يدعيه من هلاك ، وما يدعى عليه من خيانة ، لأن رب المال ائتمنه بدفع ماله إليه ، فهو كالمضارب ، فان اتهم حلف ، فان ثبتت خيانته باقرار أو بينة أو نكوله ضم إليه من مشرف عليه فان لم يمكن حفظه استؤجر من ماله من يعمل عمله ، وبهذا قال أحمد ، وقال أصحاب مالك : لا يقام غيره مقامه ، بل يحفظ منه لأن فسقه لا يمنع استيفاء المنافع المقصودة منه ، فأشبه ما لو فسق بغير الخيانة دليلنا أنه تعذر استيفاء المنافع المقصودة منه فاستوفيت بغيره كما لو هرب ولا نسلم إمكان استيفاء المنافع منه لأنه لا يؤمن من تركها ، ولا يوثق منه بفعلها ، ولا نقول : إن له فسخ المساقاة ، وإنما لم يمكن حفظها من خيانتك أقم غيرك يعمل ذلك وارفع يدك عنها لأن الأمانة قد تعذرت فى حقك فلا يلزم رب المال ائتمانك وفارق فسخه بغير الخيانة ، فانه لا ضرر على رب المال ، وها هنا يفوت ماله .

فــرع إذا عجز عن العمل لضعفه مع أمانته ضم إليه غيره ولا ينزع من يده لأن العمل مستحق عليه ، ولا ضرر فى بقاء يده عليــه ، وإن عجــز بالكلية أقام مقامه من يعمل ، والأجرة عليه فى الموضعين ، لأن عليــه توفية العمل وهذا من توفيته .

فــــرع وإن اختلفا فى الجزء المشروط للعامل تخالفا ، وكذلك إن اختلفا تناولته المساقاة من الشجر وقال أحمــد وأصحابه ذكره ابن حامد : القول قول رب المال ، وقال مالك : القول قول العامل إذا ما اختلفا ، لأنه أقوى سبباً لتسلمه للحائط والعمل .

فــــرع وإن هرب العامل فلرب المال رفع الأمر للحاكم ليعين بدله ، فان كانت الثمرة قد ظهرت بيع من نصيب العامل ما يحتاج إليه لأجر ما بقى من العمل واستؤجر من يعمل ذلك ، وإن احتاج إلى بيع الجميع . وإن اختار رب المال البقاء على المساقاة لم تنفسخ للزومها ، ويستأذن الحاكم فى الإنفاق على الثمرة ويرجع بما أنفق ، فإن عجز عن استئذان الحاكم فأنفق محتسباً بالرجوع وأشهد على الإنفاق بشرط الرجوع رجع بمــا أنفق ، فى أحــد الوجهين ، لأنه مضطر وبه قال أحمد وأصحابه ، إلا أنه إن لم يجد الحاكم له مالا وأمكنه الاقتراض عليه من بيت المال أو غيره فعــل ، وإن لم يمكنه ووجد مــن يعمل له بأجرة مؤجلة إلى وقت إدراك الثمرة فعل ، فان لم يجد فلرب المال الفسخ ، أما الميت فلا يقترض عليه لخراب ذمته وقال أحمــد : إن هرب العامل فلرب المال الفسخ لأنه عقد جائز .

فــرع إذا مات العامل استأجر الحاكم من التركة مــن يعمــل العمل ، فإن لم تكن له تركة وتعذر عليه الاستئجار منها فلرب المال الفسخ ؛ لأنه تعذر استيفاء المعقود عليه فيثبت الفسخ ، كما لو تعذر ثمن المبيع قبــل قبضه ، وبقية أحكامه أحكام الهارب .

قال المصنف رحمه الله تعالى

باب المزارعـــة

لا تجوز المزارعة على بياض لا شجر فيه ، لما روى سليم بن بشار ان رافع ابن خديج قال : « كنا نخابر على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وذكر ان بعض عمومته اتاه فقال : نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن امر كان لنا نافعاً ، وطاعة الله ورسوله أنفع لنا وانفع ، قلنـا : وما ذاك ؟ قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من كانت له أرض فليزرعها ولا يكرها بثلث ولا بربع ولا بطعام مسمى » .

فاما اذا كانت الأرض بين النخل لا يمكن سقى الأرض الا بسقيها ـ نظرت فان كان النخيل كثيراً والبياض قليلا ـ جاز ان تساقيه على النخل ، وتزارعه على الأرض ، لما روى ابن عمر رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم : « عامل اهل خيبر على شطر ما يخرج منها من ثمر وزرع » فأن عقد المزارعة على الأرض ثم عقد المساقاة على النخل لم تصح المزارعة ، لأنها انما اجيزت تبعاً للمساقاة للحاجة ، ولا حاجة قبل المساقاة ، وان عقدت بعد المساقاة ففيه وجهان :

(احدهما) لا تصح لأنه افرد المزارعة بالعقد فاشبه اذا قدمت .

(والثانى) تصح لأنهما يحصلان لمن له المساقاة ، وان عقدها مع المساقاة وسوى بينهما فى العوض ، جاز « لأن النبى صلى الله عليه وسلم عامل اهل خيبر على شطر ما يخرج منها من ثمر وزرع » فان فاضل بينهما فى العوض ففيه وجهان :

(احدهما) يجوز وهو الصحيح لأنهما عقدان ، فجاز ان يفاضل بينهما فى العوض .

(والثانى) لا يجوز لأنهما اذا تفاضلا تميزا ، فلم يكن احدهما تابعاً للآخر ، فان كان النخل قليلا والبياض كثيراً ففيه وجهان :

(احدهما) يجوز لأنه لا يمكن سقى النخل الا بسقى الأرض ، فاشبه الكثير .

(والثانى) لا يجوز لأن البياض اكثر ، فلا يجوز ان يكون الاكثر تابعاً للاقل) .

الشرح حديث رافع بن خديج رواه البخارى ومسلم بلفظ « كنـا

أكثر الأنصار حقلا فكنا نكرى الأرض على أن لنا هذه ولهم هذه ، فربما أخرجت هذه ولم تخرج هذه فنهانا عن ذلك . فأما الورق فلم ينهنا » وفى لفظ للبخارى « كنا أكثر أهل الأرض مزدرعا ، كنا نكرى الأرض بالناحية منها لسيد الأرض قال فربما يصاب ذلك وتسلم الأرض ، وربما تصاب الأرض ويسلم ذلك فنهينا . فأما الذهب والورق فلم يكن يومئذ » وفى لفظ عند مسلم وأبى داود والنسائى « إنما كان الناس يؤاجرون على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم بما على الماذيانات وأقبال الجداول وأشياء من الزرع فيهلك هذا ويسلم هذا ، ويسلم هذا ويهلك هذا ولم يكن للناس كرى إلا هذا فلذلك زجر عنه فأما شىء معلوم مضمون فلا بأس به .

وفى رواية عند أحمد والبخارى والنسائى عن رافع قال « حدثنى عماى أنهما كانا يكريان الأرض على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم بما ينبت على الأربعاء وبشىء يستثنيه صاحب الأرض قال : فنهى النبى صلى الله عليه وسلم عن ذلك » وفى رواية عند أحمد « إن الناس كانوا يكرون المزارع فى زمان النبى صلى الله عليه وسلم بالماذيانات وما يسقى الربيع وشىء من التبن فكره رسول الله صلى الله عليه وسلم كرى المزارع بهذا ونهى عنها » .

اما اللغات فالماذيانات : حكى القاضى عياض عن بعض الرواة فتح الذال فى غير صحيح مسلم ، وهى ما ينبت عل حافة النهر ومسايل الماء ، وليست عربية لكنها سوادية ، وهى فى الأصل مسايل المياه فتسمية النابت عليها باسمها ، كما وقع فى بعض الروايات يؤاجرون على الماذيانات مجاز مرسل والعلاقة المجاورة المحلية والأربعاء جمع ربع وهو النهر الصغير كنبى وأنبياء .

اما الأحكام فقد حكى فى الفتح الحافظ ابن حجر عن الجمهور أن النهى محمول على الوجه المفضى إلى الغرر والجهالة ، لا عن إكرائها مطلقاً حتى بالذهب والفضة قال : ثم اختلف الجمهور فى جواز إكرائها بجزء مما يخرج منها فمن قال بالجواز حمل أحاديث النهى على التنزيه قال : ومن لم يجز

إجارتها بجزء مما يخرج قال : النهى عن كرائها محمول على ما إذا اشترط صاحب الأرض ناحية منها أو شرط ما ينبت على النهر لصاحب الأرض لما فى كل ذلك من الغرر والجهالة .

وفى رواية رافع عند البخارى أنه قال : ليس بها بأس بالدينار والدرهم ، قال ابن حجر : يحتمل أن يكون رافع قال ذلك باجتهاده ، ويحتمل أن يكون علم ذلك بطريق التنصيص على جوازه أو علم أن النهى عن كرى الأرض ليس على إطلاقه بل بما إذا كان بشىء مجهول ونحو ذلك فاستنبط من ذلك جواز الكرى بالذهب والفضة ويرجع كونه مرفوعا بما أخرجه أبو داود والنسائى بإسناد صحيح عنه قال « نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المحاقلة والمزابنة وقال : إنما يزرع ثلاثة رجل له أرض ورجل منح أرضا ؛ ورجل اكترى أرضا بذهب أو فضة » لكن بين النسائى من وجه آخر أن المرفوع منه النهى عن المحاقلة والمزابنة وأن بقيته مدرج من كلام سعيد بن المسيب

وقد أخرج أبو داود والنسائى ما هو أظهر فى الدلالة على الرفع من هذا ، وهو حديث سعد بن أبى وقاص « إن صحاب المزارع فى زمن النبى ﷺ كانوا يكرون مزارعهم بما يكون على السواقى وما صعد بالماء مما حول النبت فجاءوا رسول الله صلى الله عليه وسلم فاختصموا فى بعض ذلك فنهاهم أن يكروا بذلك وقال : اكروا بالذهب والفضة ، رواه أحمد وأبو داود والنسائى وهذا الحديث يدل على تحريم المزارعة على ما يفضى إلى الغرر والجهالة ويوجب المشاجرة وعليه تحمل الأحاديث الواردة فى النهى عن المخابرة التى فعلها النبى صلى الله عليه وسلم فى خيبر لما ثبت من أنه صلى الله عليه وسلم استمر عليها إلى موته واستمر على مثل ذلك جماعة من الصحابة ، ويؤيد هذا تصريح رافع فى هذا الحديث بجواز المزارعة على شىء معلوم مضمون ، ولا يشكل على جواز المزارعة بجزء معلوم حديث أسيد بن خضير قال « كان أحدنا إذا استغنى عن أرضه أو افتقر إليه أعطاها بالنصف والثلث والربع ، ويشترط ثلاثة جداول ، والقصارة وما يسقى الربيع وكان يعمل فيها عملا شديداً ، ويصيب منها منفعة فأتانا رافع ابن خديج فقال نهى النبى صلى الله عليه وسلم عن أمر كان لكم نافعا ؛ وطاعة

رسول الله صلى الله عليه وسلم خير لكم نهاكم عن الحقل » رواه أحمد وابن ماجه .

والقصارة بقية الحب فى السنبل بعد ما يداس . نعم لا يشكل هذا الحديث لأن مجموع ما فى الحديث غير المخابرة التى أجازها صلى الله عليه وسلم وفعلها فى خيبر ، نعم حديث رافع عند أبى داود والنسائى وابن ماجه « من كانت له أرض فليزرعها أو ليزرعها ولا يكارها بثلث ولا ربع ولا بطعام مسمى » .

وكذلك حديثه أيضا عند أبى داود باسناد فيه بكر بن عامر البجلى الكوفى وهو فيه مقال قال « إنه زرع أرضا فمر به النبى صلى الله عليه وسلم يسقيها فسأله : لمن الزرع ؟ ولمن الأرض ؟ فقال : زرعى ببذرى وعملى ولى الشطر ولبنى فلان الشطر فقال أربيتما ، فرد الأرض على أهلها وخذ نفقتك » .

ومثله حديث زيد بن ثابت عند أبى داود قال (نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المخابرة قلت : وما المخابرة ؟ قال : أن يأخذ الأرض بنصف أو ثلث أو ربع) فيها دليل على المنع من المخابرة بجزء معلوم ، ومثل هذه الاحاديث ، حديث أسيد على فرض أنه نهى على المزارعة بجزء معلوم وعدم تقييده بما فيه من كلام أسيد ولكنه لا سبيل إلى جعلها ناسخة لما فعله النبى صلى الله عليه وسلم فى خيبر وهو مستمر على ذلك إلى موته وتقريره لجماعة من الصحابة عليه ولا سبيل إلى جعل هذه الاحاديث المشتملة على النهى منسوخة بفعله صلى الله عليه وسلم وتقريره لصدور النهى عنه فى أثناء مدة معاملته ، ورجوع جماعة من الصحابة إلى رواية من روى النهى ، والجمع ما أمكن هو الواجب .

قال الشوكانى : النهى يحمل على معناه المجازى وهو الكراهة قال الشافعى أخبرنا سفيان بن عيينة قال . سمعت عمرو بن دينار يقول : سمعت ابن عمر يقول كنا نخابر ولا نرى بذلك بأسا حتى أخبرنا رافع بن خديج أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عنها فتركناها لقول رافع .

فـــرع قال ابن دقيق العيد فى كتابه شرح عمدة الاحكام فى حديث رافع بن خديج : فيه دليل على جواز كراء الارض بالذهب والورق وقد جاءت أحاديث مطلقة فى النهى عن كرائها ؛ وهـــذا مفسر لذلك الإطلاق ، وفيـــه دليل على أنه لا يجوز أن تكون الأجرة شيئا غير معلوم المقدار عند العقـــد لما فيه من الإجارة على ما ذكر فى الحديث مـــن منع الكراء على الماذيانات إلى آخره فانه قد دل على أن الجهالة لم تغتفر .

قال الشافعى : والمخابرة استكراء الأرض ببعض ما يخرج منها فدلت سنة رســـول الله صلى الله عليه وسلم فى نهيه عن المخابرة على أن لا يجوز المزارعة على الثلث ولا على الربع ولا جزء من أجزاء ، وذلك أن المزارع يقبض الأرض بيضاء لا أصل فيها ولا زرع ثم يستحدث فيها زرعا ، والزرع ليس بأصل والذى هو فى معنى المزارعة الإجارة ، ولا يجوز أن يستأجر الرجل الرجل على أن يعمل له شيئاً إلا بأجر معلوم يعلمانه قبل أن يعمله المستأجر لما وصفت من السنة .

ثم قال الشافعى بعد أن جوز كراء الأرض بالذهب والفضة : وإذا كان النخل منفرداً فعامل عليه رجل وشرط أن يزرع ما بين ظهرانى النخـــل على المعاملة ، وكان ما بين ظهرانى النخـــل ومنافعها من الجريد والكرانيف ، وإن كان الزرع منفرداً عن النخـــل له طريق يؤتى منها أو ماء يشرب متى شربه لا يكون ريا للنخل ولا شرب للنخل ريا له لم تحل المعاملة عليـــه ، وجازت إجارته ، وذلك أنه فى حكم المزارعة لا حكم المعاملة على الأصـــل ، وسواء قل البياض فى ذلك أو كثر ا هـ .

ومن هنا نرى الإمام الشافعى يجيز المزارعة فى بياض النخل تبعاً للمساقاة، وقد قال فى المساقاة : وإذا كان البياض بين أضعاف النخل جاز فيه المســـاقاة كما تجوز فى الأصـــل ، وإن كان منفرداً عن النخل له طريق غيره لم تجـــز فيه المساقاة ولم تصح إلا أن يكترى كراء ، وســـواء قليل ذلك وكثيره ولا حد فيه إلا ما وصفت ا هـ .

وقال الماوردى : واذا كانت المخابرة هى استكراء الأرض لزراعتها ببعض

ما يخرج منها فهي على ضربين (ضرب) أجمع الفقهاء على فساده ؛ وضرب اختلفوا فيه ، فأما الضرب الذى أجمعوا على فساده فهو أن تكون حصة كل واحد منهما من زرع الأرض مفردة عن حصة صاحبه مثل أن يقول : قلم زارعتك على هذه الأرض على ما نبت من الماذيانات كان لى ، وما نبت على السواقى والجداول كان لك أو على أن ما سقى بالسماء فهو لى وما سقى بالرشا فهو لك ، فهذه مزارعة باطلة اتفق الفقهاء على فساده لرواية سعيد ابن المسيب عن سعد بن أبى وقاص ثم ساق الحديث (وأما الضرب الثانى) الذى اختلف الفقهاء فيه فهو أن يزارعه على أرضه ليكون العمل على الأجير والأرض لربها والبذر منهما أو من أحدهما بحسب شرطهما على أن ما أخرج الله تعالى من زرع كان بينهما على سهم معلوم من نصف أو ثلث أو ربع ليأخذ الزارع سهمه بعمله ، ويأخذ رب الأرض سهمه بأرضه فهذه هى المخابرة ، والمزارعة التى اختلف الفقهاء فيها على ثلاثة مذاهب :

(أحدها) وهو مذهب الشافعى أنها باطلة سواء شرط البذر على الزارع أو على رب الأرض ، وبه قال من الصحابة عبد الله بن عمر وجابر بن عبد الله ورافع بن خديج رضى الله عنهم ومن التابعين سعيد بن جبير وعكرمة ومن الفقهاء الشافعى ومالك وأبو حنيفة .

(والمذهب الثانى) أنها جائزة سواء شرط البذر على الزارع أو على رب الأرض وبه قال من الصحابة على بن أبى طالب وعمار بن ياسر وعبد الله بن مسعود وسعد بن أبى وقاص ومعاذ بن جبل رضى الله عنهم ومن التابعين سعيد بن المسيب ومحمد بن سيرين وعبد الرحمن بن أبى ليلى ، ومن الفقهاء سفيان الثورى وأبو يوسف ومحمد (والمذهب الثالث) : أنه إن شرط البذر على صاحب الأرض لم يجز . وإن شرطه على الزارع جاز وهو مذهب أحمد بن حنبل وإسحاق بن راهويه ، واستدل من أجاز ذلك برواية عبيد الله بن عمر عن نافع عن ابن عمر أن النبى صلى الله عليه وسلم عامل أهل خيبر على شطر ما يخرج من ثمر وزرع ، وروى سفيان بن عيينة عن عمرو بن دينار قال : قلت لطاوس « يا أبا عبد الرحمن لو تركت المخابرة فإنهم يزعمون أن النبى صلى الله عليه وسلم نهى عنها فقال : يا عمرو أخبرنى

أعلمهم ابن عباس أنه لم ينه عنها ، ولكن قال : لأن يمنح أحدكم أخاه خير له من أن يأخذ عليها خرجاً معلوماً » .

والدليل على فسادها ما رواه الشافعى عن ابن عمر ، وروى يعلى بن حكيم عن سليمان بن يسار أن رافع بن خديج قال « كنا نخابر إلىّ أن قال صلى الله عليه وسلم من كانت له أرض فليزرعها أو ليزرعها أخاه ولا يكارٍ بها بثلث ولا ربع ولا طعام مسمى » وروى أبو خيثم عن أبى الزبير عن جابر قال « سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : من لم يدع المخابرة فليؤذن بحرب من الله ورسوله » ولأن الأصول التى تصح إجارتها ولا تصح المعاملة عليها ببعض كسبها ، وكذا الأرض لما جازت إجارتها لم تجز المخابرة عليها فهذه دلائل الفريقين فى صحة المخابرة وفسادها ، ولما اقترن بدلائل الصحة عمل أهل الامصار مع الضرورة الماسة إليها ، وكان ما عرضها محتملا أن يكون جاريا على ما فسره زيد بن ثابت ؛ وقال عبد الله بن عباس كان صحة المخابرة أولى من فساده مع شهادة الأصول لها فى المساقاة والمضاربة؛ ومن خلال هذا الحوار المفتوح بين المؤيدين والمعارضين تبرز حقيقة ماثلة وهى أن الأصل هو التغلب على أسباب الغبن والغرر ؛ ثم إن ما منيت به البشرية من بلشفية ملحدة قتلت الحوافز ، وكفت الإرادة ، وجعلت من الإنسان آلة صماء لا تعقل ليجعلنا أحوج ما نكون إلى فهم روح الشريعة السمحة .

فـــرع   فى عرض مذاهب العلماء فى المزارعة

قال البخارى : قال أبو جعفر ما بالمدينة أهل بيت إلا ويزرعون على الثلث والربع ، وزارع على وسعد وابن مسعود وعمر بن عبد العزيز والقاسم وعروة وآل أبى بكر وآل على وابن سيرين وممن رأى ذلك سعيد بن المسيب وطاوس وعبد الرحمن بن الأسود وموسى بن طلحة والزهرى وعبد الرحمن بن أبى ليلى وابنه وأبو يوسف ومحمد ، وروى ذلك عن معاذ والحسن وعبد الرحمن بن يزيد .

قال البخاري : وعامل عمر الناس على أنه إن جاء عمر بالبذر من عنـده فله الشطر . وإن جاءوا بالبذر فلهم كذا ، وكرهها عكرمة ومجاهد والنخعي وأبو حنيفة ؛ وروى عن ابن عباس الأمران جميعاً . وأجازها الشـافعي في الأرض بين النخيل إذا كان بياض الأرض أقل ، فإن كان أكثر فعلى وجهين ومنعها في الأرض البيضـاء لما روى رافع بن خديج قال : كنا نخابر على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم الحديث وقد مضى في الفصـول السابقة .

فـرع فإذا اشتمل العقد على شروطه المعتبرة فيه صح ولم يجـز فيه خيار الثلاث ، واختلف أصحابنا هل يثبت فيه خيار المجلس أم لا ؟ على وجهين كالإجارة ويجوز أن يستوثق فيه بالشهادة ولا يجوز أن يستوثق فيـه بالرهن والضـمان ، لأنه عقد غير مضمون ثم يؤخذ العامل بالعمـل المشروط عليه ، فان لم يعمل في النخل حتى أثمرت كان له نصيبه من الثمر إن قيل : إنه شريك ، ولا شيء له فيها إن قيل : إنه أجير ، ولرب العمل أن يأخذ العامل جبراً بالعمل للزوم العقد ، فان أراد العامل أن يساقي غيره عليها مدة مساقاته جاز بمثل نصيبه فما دون كالإجارة ، ولا يجوز بأكثر من نصيبه لأنه لا يملك الزيادة ؛ والفرق بين المساقاة حيث كان للعامل أن يساقي عليها وبين المضاربة حيث لم يجز للعامل أن يضارب بها أن تصرف العامل في المضاربة تصرف في حق رب المال لأن العقد ليس بلازم فلم يملك الافتيات عليه في تصرفه ، وتصرف العامل في المساقاة تصرف في حق نفسه للزوم العقد فملك الاستنابة في تصرفه .

فـرع قال الشافعي : وكل ما كان مستزادا في الثمرة من إصلاح للثمار وطريق الماء وتصريف الجريد . وآبار النخل وقطع الحشيش الذي يضر بالنخل أو ينشف عنه الماء حتى يضر بثمرتها جاز شرطه على المساقاة ، وأما سد الحظار فليس فيه مستزاد لإصلاح في الثمرة ولا يصلح شرطه على المساقي ، فان قال : فان كان أصلح للنخل أن يسد الحظار ـ بحاء مفتوحة كسحاب ومكسورة ككتاب بعدها ظاء معجمة ، الحائط ـ فكذلك أصلح لها أن يبنى عليها حظار لم يكن ، وهو لا يجيزه في المساقاة ، وليس هذا الإصلاح من الاستزادة في شيء من النخل إنما هو دفع الداخل ، قلت : والعمل المشروط في المساقاة على أربعة أنواع .

(أولا) ما يعود نفعه على الثمرة دون النخل .

(ثانيا) ما يعود نفعه على النخل دون الثمرة .

(ثالثا)ما يعود نفعه على النخل والثمرة .

(رابعا) ما لا يعود نفعه على الثمرة ولا النخل .

فالأول مثل الإبار وتصريف الجريد وتلقيح الثمرة ولقاطها رطباً أو جدادها تمراً . فهذا النوع يجوز اشتراطه على العامل وينقسم إلى ثلاثة أقسام :

(أولها) ما يجب عليه فعله من غير شرط وهو كل ما لا تصلح الثمرة إلا به كالتلقيح والإبار .

(ثانيها) ما لا يجب عليه فعله إلا بالشرط ، وهو كل ما فيه مستزاد للثمرة ، وقد تصلح بعدمه كتصريف الجريد وتدلية الثمرة .

(ثالثها) ما هو مختلف فيه ، وهو كل ما تكاملت الثمرة قبله كاللقاط والجداد ففيه وجهان .

(أحدهما) أنه لا يجب على العامل إلا بشرط لتكامل الثمرة بعدمه .

(والثانى) أنه واجب على العامل بغير شرط ، لأن الثمرة لا تستغنى عنه ، وإن تكاملت قبله

(وأما النوع الثانى) وهو ما يعود على النخل دون الثمرة ، فمثل سد الحظار وحفر الآبار وشق السواقى ورفع مياه الأنهار ، فكل هذا مما يعود نفعه على النخل دون الثمرة ، فلا يجوز اشتراط شيء من ذلك على العامل . وكذا ما شاكله من عمل الدواليب وإصلاح الزرانيق ، فإن شرط رب المال على العامل شيئا مما ذكرنا كان الشرط باطلا ، والمساقاة فاسدة . وقال بعض أصحابنا : يبطل الشرط وتصح المساقاة حملا على الشروط الزائدة فى الرهن تبطل ولا تبطل معها الرهن فى أحد القولين ، وقد خطأ جمهور

فقهائنا هذا لأن عقود المعاوضات إذا تضمنت شروطا فاسدة بطلت كالشروط الفاسدة فى البيع والإجارة .

(والنوع الثالث) وهو ما يعود نفعه على النخل والثمرة ، فكالسقى والإبارة وقطع الحشيش المضر بالنخل إلى ما جرى هذا المجرى مما فيه إصلاح النخل ومستزاد فى الثمرة مما لا تصلح الثمرة إلا به كالسقى فيما لا يشرب بعروقة كنخل البصرة فهو وغيره من شروط هذا الفعل سواء ، وفيه لأصحابنا ثلاثة أوجه : (أحدها) أنه واجب على العامل بنفس العقد واشتراطه عليه تأكيداً لما فيه من صلاح النخل وزيادة الثمرة .

(والوجه الثانى) أنه واجب على رب النخل واشتراطه عليه مبطل للعقد لأنه بصلاح النخل أخص منه بصلاح الثمرة (والثالث) أنه يجوز اشتراطه على العامل لما فيه من زيادة الثمرة ، ويجوز اشتراطه على رب النخل لما فيه من صلاح النخل فلم يتناف الشرطان فيه ، فإن شرط على العامل لزمه ، وإن شرط على رب النخل لزمه ، وان أغفل لم يلزم واحداً منهما ، أما العامل فلأنه لا يلزمه إلا ما كان من موجبات العقد أو من شروطه ، وأما رب النخل فلأنه لا يجبر على تثمير ماله .

(وأما النوع الرابع) وهو ما لا يعود نفعه على النخل ولا على الثمرة ، فهو كالاشتراط على العامل أن يبنى له قصراً أو يخدمه شهراً أو يسقى له زرعا تنافى العقد وتمنع من صحته ، لأنه لا تعلق لها به ولا تختص بشىء من مصلحته .

فرع قال الشافعى : ساقى رسول الله صلى الله عليه وسلم خيبر ، والمساقون عمالها لا عامل للنبى صلى الله عليه وسلم فيها غيرهم ، فإذا كان يجوز للمساقى أن يساقى نخلا على أن يعمل فيه عمال الحائط ؛ لأن رب الحائط رضى ذلك جاز أن يشترط رقيقاً ليسوا فى الحائط يعملون فيه لأن عمل من فيه وعمل من ليس فيه سواء ، وإن لم تجز إلا بأن يكون على الداخل فى المساقاة العمل كله لم يجز أن يعمل فى الحائط أحد من رقيقه ، وجواز

الأمرين من أشبه الأمور عندنا والله أعلم قال : ونفقة الرقيق على ما تشارطا عليه ، وليس نفقة الرقيق بأكثر من أجرتهم ، فإذا جاز أن يعملوا للساقى بغير أجرة جاز أن يعملوا له بغير نفقة ا هـ .

فرع ذكرنا أن مذهبنا أنه لا يثبت فى المساقاة خيار الشرط وبهذا قال جمهور العلماء عند من يقول بلزوم العقد كالشافعية وعند من يقول بجوازه كالحنابلة ، لأنها إن كانت جائزة فالجائز مستغن بنفسه عن الخيار فيه ، وإن كانت لازمة فاذا فسخ لم يمكن المعقود عليه وهو العمل فيها .

وقال الحنابلة : وخيار المجلس لا يثبت إن كانت جائزة لما تقدم وإن كانت لازمة فعلى وجهين :

(أحدهما) لا يثبت لأنه عقد لا يشترط فيه قبض العوض ولا يثبت فيه خيار الشرط ويثبت فيه خيار المجلس كالنكاح .

(والثانى) يثبت لأنه عقد لازم يقصد به المال أشبه البيع

فرع وإن شرط أن يعمل معه غلمان رب المال فهو كشرط عمل رب المال لأن عملهم كعمله ، فان يد الغلام كيد مولاه وبهذا قال أحمد وأصحابه إلا أبا الخطاب فانه قال : فيه وجهان :

(أحدهما) لا يجوز لأنه كشرط أن يعمل معه رب المال ، لأن عملهم كعمله ، فان يد الغلام كيد مولاه .

(والثانى) يجوز لأن غلمانه ماله فجاز أن تعمل تبعاً لماله ، كثور الدولاب ، وكما يجوز فى القراض أن يدفع إلى العامل بهيمة يحمل عليها وأما رب المال فانه لا يجوز جعله تبعاً . وهذا قول الشافعى ومالك ومحمد ابن الحسن .

فان شرط غلماناً يعملون معه فنفقتهم على ما يشترطان عليه ، فان أطلقا ولم يذكرا نفقتهم فهى على رب المال ، وبهذا قال أحمد وأصحابه ، وقال

مالك : نفقتهم على المساقى . ولا ينبغى أن يشترطها على رب المال ، لأن العمل على المساقى فمؤونة من يعمل عليه كمؤونة غلمانه .

ولنا أنه مملوك رب المال فكانت نفقته عليه عند الإطلاق كما لو أجره ، فان شرطها على العامل جاز ، ولا يشترط تقديرها ، وبه قال أحمد وأصحابه ، وقال محمد بن الحسن يشترط تقديرها ، لأنه اشترط عليه ما لا يلزمه فوجب أن يكون معلوماً كسائر الشروط والله تعالى أعلم بالصواب .



قال المصنف رحمه الله تعالى

كتـــاب الاجـارة

يجوز عقد الاجارة على المنافع المباحة ، والدليل عليه قوله تعالى ((فان ارضعن لكم فآتوهن اجورهن)) (١) ، وروى سعيد بن المسيب عن سعد رضى الله عنه قال : ((كنا نكرى الأرض بما على السواقى من الزرع ، فنهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك وامرنا ان نكريها بذهب او ورق)) .

وروى ابو امامة التيمى قال : (سالت ابن عمر فقلت : انا قوم نكرى فى هذا الوجه ، وان قوما يزعمون ان لا حج لنا ، فقال ابن عمر : ألستم تلبون وتطوفون بين الصفا والمروة ، ان رجلا اتى النبى صلى الله عليه وسلم فسأل عما تسالوننى عنه فلم يرد عليه حتى نزل ((ليس عليكم جناح أن تبتغوا فضلا من ربكم)) (٢) فتلاها عليه) وروى ابن عباس رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم ((احتجم وأعطى الحجام أجره)) ولأن الحاجة الى المنافع كالحاجة الى الأعيان ، فلما جاز عقد البيع على الأعيان وجب أن يجوز عقد الاجارة على المنافع .

(فصـــل) ولا تجوز على المنافع المحرمة لأنه يحرم فلا يجوز اخـــذ العوض عليه كالميتة والدم .

(فصـــل) واختلف اصحابنا فى استئجار الكلب المعلم ، فمنهم من قال : يجوز لأن فيه منفعة مباحة ، فجاز استئجاره كالفهـد ، ومنهـم من قال : لا يجوز ، وهو الصحيح ، لأن اقتناءه لا يجوز الا للحاجة وهو الصيد وحفظ الماشية ومالا يقوم غير الكلب فيه مقامه الا بمؤن ، والدليل عليه قوله صلى الله عليه وسلم : ((من اقتنى كلبا الا كلب صيد أو ماشية نقص من أجره كل يوم قيراطان)) وما ابيح للحاجة لم يجز اخذ العوض عليه كالميتة ، ولأنه لا يضمن منفعته بالغصب فدل على انه لا قيمة لها .

فصـــل واختلفوا فى استئجار الفحل للضراب ، فمنهم من قال : يجوز لأنه يجوز أن يستباح بالاعارة فجاز ان يستباح بالاجارة كسائر المنافع ، ومنهم

---

(١) سورة الطلاق : ٦

(٢) سورة البقرة : ١٩٨

من قال : لا يجوز ، وهو الصحيح ، لما روى ابن عمر رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم « نهى عن ثمن عسب الفحل » ولأن المقصود منه هو الماء الذى يخلق منه وهو محرم لا قيمة له فلم يجز أخذ العوض عليه كالميتة والدم .

فصل واختلفوا فى استئجار الدراهم والدنانير ليجمل بها الدكان واستئجار الأشجار لتجفيف الثياب والاستظلال ، فمنهم من قال : يجوز ، لأنه منفعة مباحة فجاز الاستئجار لها كسائر المنافع . ومنهم من قال : لا يجوز ، وهو الصحيح ؛ لأن الدراهم والدنانير لا تراد للجمال ولا الأشجار لتجفيف الثياب والاستظلال ، فكان بذل العوض فيه من السفه وأخذ العوض عنه من أكل المال بالباطل ، ولأنه لا يضمن منفعتها بالغصب فلم يضمن بالعقد) .

الشرح حديث سعد بن أبى وقاص رواه أحمد وأبو داود والنسائى ، وقد سكت عنه أبو داود والمنذرى . قال ابن حجر فى فتح البارى : رجاله ثقات إلا أن محمد بن عكرمة المخزومى لم يرو عنه إلا إبراهيم بن سعد .

وأما حديث أبى أمامة التيمى فأخرجه أحمد وغيره ، وقد مضى تخريجه وبيان ما يشتمل عليه من أحكام فى كتاب الحج . وأما حديث « من اقتنى كلباً إلا كلب صيد أو ماشية » فقد أخرجه أحمد فى مسنده والبخارى ومسلم والترمذى عن ابن عمر . وأما حديث « النهى عن ثمن عسب الفحل » فقد رواه أحمد والبخارى والنسائى وأبو داود ، ورواه الدارقطنى عن أبى سعيد الخدرى بلفظ « نهى عن عسب الفحل وعن قفيز الطحان » .

وقال فى مجمع الزوائد : رجال أحمد رجال الصحيح ، إلا أن إبراهيم النخعى لم يسمع من أبى سعيد فيما أحسب . وأخرجه أيضاً البيهقى وعبد الرزاق وإسحاق فى مسنده وأبو داود فى المراسيل والنسائى فى الزراعة غير مرفوع .

والأصل فى جواز الإجارة الكتاب والسنة والإجماع ، فأما الكتاب فقوله تعالى : « فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن » « قالت إحداهما : ياأبت استأجره إن خير من استأجرت القوى الأمين ، قال إنى أريد أن أنكحك

إحــدى ابنتي هاتين على أن تأجرني ثماني حجــج فإن أتممت عشراً فمــن عندك » .

وروى ابن ماجه عن عتبة بن المنذر قال : كنا عند النبي صلى الله عليه وسلم فقرأ (طس) حتى إذا بلغ قصة موسى قال « إن موسى عليه السلام أجــر نفسه ثماني حجج أو عشراً على عفة فرجه وطعام بطنه » وقال تعالى « فوجد فيها جداراً يريد أن ينقض فأقامه ، قال لو شئت لاتخذت عليه أجراً » .

اما السنة فقد ثبت أن رسول الله صلى الله عليه وســلم وأبا بكر استأجرا عبد الله بن الأريقط الديلي وكان خريتاً ــ وهو الخبير بمسالك الصحراء والوهاد العالم بجغرافية بلاد العرب على الطبيعة ــ ليكون هاديا ومرشداً لهما فى هجرتهما من مكة إلى المدينة .

وفى البخارى عن أبى هريرة أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة . رجل أعطى بى ثم غدر ، ورجل باع حراً فأكل ثمنه، ورجل استأجر أجيراً فاستوفى منه ولم يوفه أجــره » والأحاديث فى هــذا كثيرة .

وأما الاجماع فقد انعقد بين أهل العلم فى كل عصر وكل مصر على جواز الإجارة إلا ما روى عن عبد الرحمن الأصم الذى قيل فيه : إنه عن الحق أصم من أنه لا يجوز ذلك لأنه غرر ، لأنه يعقد على منافع لم تخلق ، ولــو تحقق ما يتصوره الأصم صوابا لتعطلت الصنائع والمساكن والمتاجر والمواصلات بكل أنواعها لأنها كلها ــ وهي تستغرق مظاهر الحيــاة قديماً وحديثاً ــ قائمة على المؤاجرات والمعاوضات على المنافع كالمعاوضــات على الأعيــان سواء بسواء . بل إن المعاوضات على المنافع أوسع مدى وأكثر عدداً وأشمل مرفقا ، ولأن المنافع المتاحة أوسع آفاقا من الأعيان والعروض .

اذا ثبت هذا فإن الإجارة كالبيع تنعقد بأربعة : بمؤجــر ومســتأجر ومؤاجر وأجرة . فالأول فهــو باذل المنفعة كالبائع ، والثــانى طالب المنفعة كالمشترى ، وكل من صح شراؤه صح استئجاره . والثالث فهو كل عين صح

الانتفاع بها مع بقائها صحت إجارتها كالدور والعقار إذا لم يكن المقصود من منافعها أعياناً كالنخل والشجر . وما تم الانتفاع به مع عينه لم تصح إجارته كالدراهم والمأكول : لأن منفعة الدراهم بإزالتها عن الملك : ومنفعة المأكول بالاستهلاك كاستئجار الدراهم والدنانير للجمال والزينة والطعام ليعتبر مكيلا ففيه لأصحابنا وجهان :

(أحدهما) يصح لوجود المعنى وحصول الانتفاع مع بقاء العين .

(والوجه الثانى) لا يصح لأن هذا نادر من منافع ذلك ، والأغلب سواه ، فصار حكم الأغلب هو المغلب ، ولأن المنافع المضمونة بالاجارة هى المضمونة بالغصب ؛ ومنافع الدراهم والطعام لا تضمن بالغصب كنشر الثياب فوق الشجر فلم يصح أن تضمن بالاجارة . وهكذا كل ما كانت منافعها أعيانا من النخل والشجر ، لأن منافعها ثمار هى أعيان يمكن العقد عليها بعد حدوثها ، فلم يصح العقد عليها قبله ، فإن استأجر ذلك لمنفعة تستوفى مع بقاء العين كالاستظلال بالشجر أو ربط ماشية إليها فذلك ضربان :

(أحدهما) أن يكون هذا غالبا فيها ومقصوداً من منافعها فتصح الاجارة عليها .

(والثانى) أن يكون نادراً غير مقصود فى العرف ، فيكون على ما مضى من الوجهين .

ثم إن العقد وإن توجه إلى العين فهو أنه ربما تناول المنفعة لأن الأجرة فى مقابلتها وإنما توجه إلى العين لتعتبر المنفعة بها . وقال أبو إسحاق المروزى : العقد إنما تناول العين دون المنفعة ليستوفى من العين مقصوده من المنفعة ، لأن المنافع غير موجودة حين العقد فلم يجز أن يتوجه العقد إليها . وهذا خطأ ، ألا ترى أنه قد يصح العقد على منفعة مضمونة فى الذمة غير مضافة إلى عين ؟ كرجل استأجر من رجل عملا مضمونا فى ذمته ، وإذا كان كذلك فلابد أن تكون المنفعة معلومة كما لابد أن يكون المبيع معلوما ، فإن كانت

مجهولة لم تصح الاجارة ؛ كما لو كان المبيع مجهولا ، والعلم بها قد يكون من وجهين :

(أحدهما) تقدير العمل مع الجهل بالمدة (والثانى) تقدير المدة مع الجهل بقدر العمل ؛ وسيأتى تفصيلهما وبالله التوفيق .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصـــل) واختلفوا فى الكافر اذا استأجر مسلما اجارة معينة ، فمنهم من قال : فيه قولان لانه عقد يتضمن حبس المسلم فصار كبيع العبد المسلم منه . ومنهم من قال : يصح قولا واحداً لأن علياً كرم الله وجهه كان يستقى الماء لامرأة يهودية كل دلو بتمرة .

(فصـــل) ولا يصح الا من جائز التصرف فى المال لانه عقد يقصد به المال فلم يصح الا من جائز التصرف فى المال كالبيع .

(فصـــل) وينعقد بلفظ الاجارة لانه لفظ موضوع له ، وهل ينعقد بلفظ البيع ؟ فيه وجهان :

(احدهما) ينعقد لانه صنف من البيع ، ولانه تمليك يتقسط العوض فيه على المعوض كالبيع ، فانعقد بلفظه .

(والثانى) لا ينعقد لانه يخالف البيع فى الاسم والحكم فلم ينعقد بلفظه كالنكاح .

فصـــل ويجوز على منفعة عين حاضرة ، مثل ان يستأجر ظهراً بعينه للركوب ويجوز على منفعة عين فى الذمة مثل أن يستأجر ظهراً فى الذمة للركوب، ويجوز على عمل معين مثل أن يكترى رجلا ليخيط له ثوبا أو يبنى له حائطا ، ويجوز على عمل فى الذمة ، مثل ان يكترى رجلا ليحصل له خياطة ثوب أو بناء حائط ، لانا بينا أن الاجارة بيع والبيع يصح فى عين حاضرة وموصوفة فى الذمة ، فكذلك الاجارة . وفى استئجار عين لم يرها قولان (احدهما) لا يصح (والثانى) يصح ، ويثبت الخيار اذا رآها كما قلنا فى البيع .

(فصـــل) وتجوز على عين مفردة وعلى جزء مشاع ، لانا بينا انه بيع ، والبيع يصح فى المفرد والمشاع فكذلك الاجارة .

(فصـــل) ولا تجوز الا على عين يمكن استيفاء المنفعة منها ، فان استأجر ارضا للزراعة لم تصح حتى يكون لها ماء يؤمن انقطاعه ، كماء العين والمد بالبصرة والثلج والمطر فى الجبل ، لأن المنفعة فى الاجارة كالعين فى البيع ،

فاذا لم يجز بيع عين لا يقدر عليها لم تجز إجارة منفعة لا يقدر عليها فان اكترى ارضا على نهر اذا زاد سقى ، واذا لم يزد لم يسنــق ، كأرض مصر والفرات وما انحدر من دجلة ــ نظرت فان اكتراها بعد الزيادة ــ صح العقد لأنه يمكن استيفاء المعقود عليه ، فهو كبيع الطير فى القفص . وان كان قبل الزيادة لم يصح لأنه لم يعلم هل يقدر على المعقود عليه أو لا يقدر ؟ فلم يصح كبيع الطير فى الهواء ، وان اكترى ارضا لا ماء لها ، ولم يذكر انه يكتريها للزراعة ، ففيه وجهان :

(أحدهما) : لا يصح لأن الأرض لا تكترى فى العادة الا للزراعة ، فصـــار كما لو شرط انه يكتريها للزراعة .

(والثانى) : ان كانت الأرض عالية لا يطمع فى سقيها ، صح العقد لأنه يعلم انه لم يكترها للزراعة .

وان كانت مستغلة يطمع فى سقيها بسوق الماء اليها من موضع لم يصح ، لأنه اكتراها للزراعة مع تعذر الزراعة ، فان اكترى أرضا غرقت بالماء لزراعة ما لا يثبت فى الماء ، كالحنطة والشعير ــ نظرت فان كان للماء مغيض اذا فتح انحسر الماء عن الأرض وقدر على الزراعة ــ صح العقد ، لأنه يمكن زراعتهـــا بفتح المغيض ، كما يمكن سكنى الدار بفتح الباب ، وان لم يكن له مغيض ولا يعلم أن الماء ينحسر عنها لم يصح العقد ، لأنه لا يعلم هل يقدر على المعقود عليه أم لا يقدر فلم يصح العقد كبيع ما فى يد الغاصب ، فان كان يعلم آن المـــاء ينحسر وتنشفه الريح ففيه وجهان :

(أحدهما) لا يصح لأنه لا يمكن استيفاء المنفعة فى الحال

(والثانى) يصح وهو قول أبى اسحاق وهو الصحيح ، لأنه يعلم بالعادة امكان الانتفاع به ، فان اكترى أرضا على ماء اذا زاد غرقت فاكتراها قبـــل الزيادة صح العقد لأن الغرق متوهم فلا يمنع صحة العقد) .

الشرح خبر على رضى الله عنه رواه أحمد وجود الحافظ ابن حجر إسناده ولفظه « جعت مرة جوعا شديداً فخرجت لطلب العمل فى عـوالى المدينة ، فإذا أنا بامرأة قد جمعت مدراً فظننتها تريد بلة ، فقاطعتها كل ذنوب على تمرة ، فمددت ستة عشر ذنوبا حتى مجلت يداى ، ثم أتيتها فعدت لى ست عشرة تمرة فأتيت النبى صلى الله عليه وسلم فأخبرته فأكل معى منها » وقد أخرجه ابن ماجه والبيهقى عن ابن عباس « أن عليا أجر نفسه من يهودى يسقى له كل دلو بتمرة » وعندهما أن كل عدد التمر سبع عشرة تمرة . وفى إسناده حنش راويه عن عكرمة وهو ضعيف .

وقوله « ذنوبا » الدلو مطلقا لو التىَ فيها ماء أو الممتلئة أو غير الممتلئة وكلها فى القاموس وقوله « مجلت » بكسر الجيم أى غلظت وتنفطت وقد أمجلها العمل أو المجل أن يكون بين الجلد واللحم ماء ، أو المجلة جلدة رقيقة يجتمع فيها ماء من أثر العمل .

اما الأحكام فإن هذا الخبر يدل دلالة يعجز القلم عن استقصاء ما توحى به ، من بيان ما كانت الصحابة عليه من الحاجة وشدة الفاقة والصبر على الجوع وبذل الوسع وإتعاب البدن فى تحصيل القوام من العيش للتعفف عن السؤال وتحمل المؤن ، وإن تأجير النفس لا يعد دناءة ، وإن كان المستأجر غير شريف أو كافراً والأجير من أشراف الناس وعظمائهم ؛ وقد أورده صاحب المنتقى ليستدل به على جواز الاجارة معاددة يعنى أن يفعل الأجير عدداً معلوما من العمل بعدد معلوم من الأجرة .

فــرع الاجارة عوض فى مقابلة المنفعة كالثمــن فى مقابلة المبيع وحكمه كحكمه فى جوازه معينا وفى الذمة . قال الشــافعى : فالإجارات صنف من البيــوع لأنها تمليك من كل واحد منهما لصاحبه ا هـ .

ومن هذا أخذ الفقهاء أنه عقد لازم لا يجوز فسخه إلا بعيب كالبيع ، فإن كان العيب موجــوداً فى الشيء المؤجــر كالدار إذا خربت والدابة إذا مرضت فللمســتأجر أن يفسخ دون المؤجر كما لو وجــد بالمبيــع عيب كان للمشترى أن يفسخ دون البائع ، وإن كان العيب موجوداً فى الأجــرة فان كانت فى الذمة أبدل المعيب بغيره ولا خيار ، وإن كانت معيبة فللمؤجــر أن يفسخ دون المستأجر كما يفسخ البائع بوجود العيب فى الثمن المعين دون المشترى ، ولا يجوز فسخ الاجارة بعذر يطرأ إذا لم يطرأ فى المعقود عليــه عيب ، ومن هنــا كان لأصحابنا وجهان فى انعقاده بلفظ البيع ، ونظراً لأن عقد الإجارة كعقد النكاح يؤخذ جانب البيع فيه بمفهوم المعاوضة وليس بمنطوق التعاقد لذلك قالوا : إنه يخالف البيع فى الاســم والحكم فلم ينعقد بلفظه كالنكاح ، والوجه الثانى : ينعقــد بلفظ البيع لأنه تمليك يتقسط العوض فيه على الباذل كالبيع سواء بسواء .

اذا ثبت هذا فهل المعقود عليه العين ؟ لأنها الموجودة.فيقال : أجرتك داري أم أن العقد يتعلق بالمنفعة دون الأعيان ؟ فيقال : أجرتك داري أو منفعة داري بكذا ، أو بعتك منفعتها ، وهذا الأخير هو قول مالك وأبي حنيفة وأحمد وأكثر أصحاب الشافعي ، ويصح العقد على منفعة مضمونة في الذمة غير مضافة إلى عين كرجل استأجر من رجل عملا مضمونا في ذمته ، وإذا كان كذلك فلابد أن تكون المنفعة معلومة كما لابد أن يكون المبيع معلوما فإن كانت مجهولة لم تصح الإجارة كما لو كان المبيع مجهولا ، ومن ثم كانت الاجارة على نوعين نوع يكون عقده على مدة معلومة ، ونوع يكون على عمل معلوم فالأول كالدار والأرض فلا تجوز إجارتها إلا على مدة ومتى تقدرت المدة لم يجز تقدير العمل ، وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي وأحمد ، لأن الجمع بينهما يزيدها غرراً ، لأنه قد يفرغ من العمل قبل انقضاء المدة ، فإن استعمل في بقية المدة فقد زاد على ما تعاقدا عليه وإن لم يعمل كان تاركا للعمل في بعض المدة ، وقد لا يفرغ من العمل في المدة ، فإن أتمه عمل في غير المدة ، وهذا غرر أمكن التحرز منه ولم يوجد مثله في محل الوفاق فلم يجز العقد معه .

فرع قال الشافعي : إذا تكارى الرجل الأرض ذات الماء من العين أو النهر نيل أو غير نيل أو النيل أو الآبار على أن يزرعها غلة الشتاء والصيف فزرعها إحدى الغلتين والماء قائم ثم نضب فذهب قبل الغلة الثانية فأراد رد الأرض بذهاب الماء فتلك له ويكون عليه من الكراء بحصة ما زرع إن كانت حصة الزرع الذى زرع الثلث أو النصف أو الثلثين أو أقل أو أكثر أدى ذلك وسقطت عنه حصة الزرع الثانى ا هـ .

فرع قال النووي في المنهاج : ولا يصح استئجار آبق ومغصوب وأعمى للحفظ وأرض للزراعة لا ماء لها دائم ، ولا يكفيها المطر المعتاد ، ويجوز إن كان لها ماء دائم ، وكذا إن كفاها ماء المطر الدائم أو الثلوج المجتمعة ، والغالب حصولها في الأصح ا هـ . قال الشربيني الخطيب في المغنى : ومجرد الامكان لا يكفى كإمكان عود الآبق والمغصوب ، نعم لو قال المكرى أنا أحفر لك بئراً وأسقى أرضك منها أو أسوق الماء إليها من موضع آخر

صحت الإجارة كما قال الروياني . أما لو استأجرها للسكنى فإنه يصح وإن كانت بمحل لا يصلح لها كالمفازة ، إلى أن قال : ويجوز استئجار أراضي مصر للزراعة بعد ريها بالزيادة ، وكذا قبله على الأصح إن كانت تروى من الزيادة الغالبة كخمسة عشر ذراعا فما دونها كما نقله فى الكفاية عن أبى الطيب وابن الصباغ واقتضاه كلام الشيخين .

وقال السبكى : وما يروى من خمسة عشر كالموثوق به عادة ، وما يروى من ستة عشر وسبعة عشر غالب الحصول ، وإن كان الاحتمال متطرقا إلى الستة عشر وإلى السبعة عشر كثيراً ا هـ .

فرع وتصح الأرض للزراعة قبل انحسار الماء عنها ، وإن سترها عن الرؤية ، لأن الماء من مصلحتها كاستتار اللوز والجوز بالقشر ، فإن قيل : ينبغى عدم الصحة لأن الانتفاع عقب العقد شرط ، والماء يمنعه أجيب بأن الماء من مصالح الزرع ، وبأن صرفه ممكن فى الحال بفتح موضع ينصب إليه فيتمكن من الزرع حالا كاستئجار دار مشحونة بالأمتعة التى يمكن نقلها فى زمن لا أجرة له ، هذا إن وثق بانحساره وقت الزراعة وإلا فلا يصح، وإن كانت الأرض على شط نهر ، والظاهر أنه يجرفها بفيضانه أو تنهار من أمواجه لم يصح استئجارها لعدم القدرة على تسليمها ، وإن احتمله ولم يظهر جاز لأن الأصل والغالب السلامة .

وإن استأجر أرضاً للزراعة وأطلق دخل فيها شربها إن اعتيد دخوله بعرف مطرد — والشرب بكسر الشين — النصيب من الماء ، بخلاف مالو باعها لا يدخل ، لأن المنفعة هنا لا تحصل بدونه أو شرط فى العقد ، فإن اضطرب العرف فيه أو استثنى الشرب ولم يوجد شرب غيره لزوال المانع بالاغتناء عن شربها ، والامتناع الشرعى لتسليم المنفعة كالحسى فى حكمه .

وقد أورد المصنف وجهين فى الأرض التى يغطيها الماء وعلم انحسار أو احتمال تبخرها وجفافها (أحدهما) عدم صحة العقد لعدم إمكان استيفاء المنفعة حالا (والثانى) وهو قول أبى إسحاق المروزى وهو الصحيح والذى عليه الفتوى من أئمة المذهب أنه يصح ، لأنه يعلم بالعادة المطردة إمكان الانتفاع والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصـــل) وان استأجر رجلا ليعلمه بنفسه سورة وهو لا يحسنها ففيه وجهان :

(احدهما) يصح كما يصح أن يشترى سلعة بدراهم ، وهو لا يملكها ثم يحصلها ويسلم .

(والثانى) لا يصح لأنه عقد على منفعة معينة لا يقدر عليها فلم يصح ، كما لو أجر عبد غيره .

(فصـــل) ولا تصح الاجارة الا على منفعة معلومة القدر ، لأنا بينا أن الاجارة بيع والبيع لا يصح الا فى معلوم القدر ، فكذلك الاجارة ، ويعلم مقدار المنفعة بتقدير العمل ، أو بتقدير المدة ، فان كانت المنفعة معلومة القـــدر فى نفسها كخياطة ثوب وبيع عبد والركوب الى مكان ، قدرت بالعمل لأنها معلومة فى نفسها ، فلا تقدر بغيرها ، وان قدر بالعمل والمدة بأن استأجره يوما ليخيط له قميصاً ، فالاجارة باطلة ، لأنه يؤدى الى التعارض وذلك أنه قد يفرغ من الخياطة فى بعض اليوم ، فان طولب فى بقية اليوم بالعمل اخل بشرط العمل ، وان لم يطالب اخل بشرط المدة ، فأن كانت المنفعة مجهولة المقدار فى نفســـها كالسكنى والرضاع وسقى الأرض والتطيين والتجصيص قدر بالمدة لأن السكنى وما يشبع به الصبى من اللبن وما تروى به الأرض من الســقى يختلف ولا ينضبط ، ومقدار التطيين والتجصـــيص لا ينضـــبط لاختلافهـــما فى الرقـــة والثخونة ، فقدر بالمدة .

واختلف اصحابنا فى استئجار الظهر للحرث ، فمنهم من قال : يجـوز أن يقدر بالعمل بأن يستأجره ليحرث أرضاً بعينها ، ويجوز أن يقدر بالمدة بأن يستأجره ليحرث له شهراً ، ومنهم من قال : لا يجوز تقديره بالمدة ، والأول أظهر ، لأنه يمكن تقديره بكل واحد منهما فجاز التقدير بكل واحد منهما .

(فصـــل) وما عقد على مدة لا يجوز الا على مدة معلومة الابتـــداء والانتهاء ، فان قال : اجرتك هذه الدار كل شهر بدينار فالاجارة باطلة ، وقال فى الاملاء تصح فى الشهر الأول وتبطل فيما زاد لأن الشهر الأول معلوم وما زاد مجهول ، فصح فى المعلوم وبطل فى المجهول ، كما لو قال : اجرتك هذا الشهر بدينار وما زاد بحسابه ، والصحيح هو الأول لانه عقد على الشهر وما زاد من الشهور . وذلك مجهول فبطل ، ويخالف هذا اذا قال : اجرتك هذا الشهر بدينار وما زاد بحسابه لأن هناك افرد الشهر الأول بالعقد وههنا لم يفـــرد الشهر عما بعده بالعقد فبطل بالجميع ، فان آجره سنة مطلقة حمل على سنة بالأهلة ، لأن السنة المعهودة فى الشرع سنة الأهلة . والدليل عليه قوله عـز

وجل : ((يسالونك عن الأهلة قل هى مواقيت للناس والحج)) (١) فوجب أن يحمل العقد عليه ، فان كان العقد فى اول الهلال عد اثنى عشر شهراً بالأهلة ، تاما كان الشهر او ناقصاً ، وان كان فى أثناء الشهر عد ما بقى من الشهر وعد بعده احد عشر شهراً بالاهلة ، ثم كمل عدد الشهر الأول بالعدد ثلاثين يوماً ، لأنه تعذر اتمامه بالشهر الهلالى فتمم بالعدد .

فان اجره سنة شمسية ففيه وجهان :

(احدهما) لا يصح لأنه على حساب أنسيء فيه ايام والنسيء حرام ، والدليل عليه قوله تعالى ((انما النسيء زيادة فى الكفر)) (٢) .

(والثانى) انه يصح لانه وان كان النسيء حراماً ، الا أن المدة معلومة ، فجاز العقد عليها كالنيروز والمهرجان ، وفى أكثر المدة التى يجوز عقد الاجارة عليه طريقان ذكرناهما فى المساقاة .

(فصـــل) ولا تصح الاجارة الا على منفعة معلومة ، لأن الاجارة بيع والمنفعة فيها كالعين فى البيع ، والبيع لا يصح الا فى معلوم ، فكذلك الاجارة . فان كان المكترى داراً لم يصح العقد عليها حتى تعرف الدار ، لأن المنفعة تختلف باختلافها ، فوجب العلم بها ، ولا يعرف ذلك الا بالتعيين ، لانها لا تضــبط بالصفة فافتقر الى التعيين كالعقار والجواهر فى البيع ، وهــل يفتقــر الى الرؤية ؟ فيه قولان بناء على القولين فى البيع ، ولا يفتقر الى ذكر الســكنى ولا الى ذكر صفاتها لأن الدار لا تكترى الا للسكنى ، وذلك معلوم بالعــرف فاستغنى عن ذكرها كالبيع بثمن مطلق فى موضع فيه نقد معروف

وان اكترى ارضا لم يصــح حتى تعــرف الأرض لما ذكــرناه فى الدار ؛ ولا يصح حتى يذكر ما يكترى له من الزراعة والغراس والبناء ؛ لأن الأرض تكترى لهذه المنافع وتاثيرها فى الأرض يختلف فوجب بيانها .

وان قال : اجرتك هذه الأرض لتزرعها ما شئت جاز ، لانه جعل له زراعة اضر الأشياء ، فاى صنف زرع لم يستوف به اكثر من حقــه ، وان قال : اجرتك لتزرع واطلق ففيه وجهان :

(احدهما) لا يصح لأن الزروع مختلفة فى التاثير فى الأرض ، فوجب بيانها .

(والثانى) يصح لأن التفاوت بين الزرعين يقل .

وان قال : اجرتك لتزرعها أو تغرسها لم يصح ، لأنه جعل له أحدهما ولم يعين فلم يصح ، كما لو قال : بعتك احد هذين العبدين ، وان قال : اجرتك لتزرعها وتغرسها ففيه وجهان :

---

(١) البقرة : ١٨٨
(٢) التوبة : ٣٧

(احدهما) لا يصح وهو قول المزنى وابى العباس وابى اسحاق ، لانه لم يبين المقدار من كل واحد منهما .

(والثانى) يصح وله ان يزرع النصف ويغرس النصف ، وهو ظاهر النص، وهو قول ابى الطيب بن سلمة ، لأن الجمع يقتضى التسوية فوجب ان يكون نصفين) .

الشرح . هذا الحكم فى تعليم القرآن ينبنى على أن تعليم القرآن هل يجوز بأجر أو لا ؟ فقد روى ابن ماجه والبيهقى والرويانى فى مسنده عن أبى بن كعب قال : علمت رجلا القرآن فأهدى لى قوساً ، فذكرت ذلك للنبى صلى الله عليه وسلم فقال « إن أخذتها أخذت قوساً من نار » فرددتها .

قال البيهقى وابن عبد البر : هــو منقطع ، يعنى بين عطية الكلاعى وأبى بن كعب . وكذلك قال المزى . وتعقبهم الحافظ ابن حجر بأن عطية ولد فى زمن النبى صلى الله عليه وسلم وأعله ابن القطان بالجهل بحال عبد الرحمن ابن سلم الراوى عن عطية .

وورد عن عبادة بن الصامت عند أبى داود وابن ماجه بلفظ « علمت ناسا من أهل الصفة الكتاب والقرآن ، فأهدى إلى رجل منهم قوسا فقلت : ليست بمال وأرمى عليها فى سبيل الله عز وجل ، لآتين رسول الله صلى الله عليه وسلم فلأسالنه فأتيته فقلت : يا رسول الله ، إنه رجل أهدى إلى قوس ممن كنت أعلمه الكتاب والقرآن وليست بمال وأرمى عليها فى سبيل الله ، فقال : إن كنت تحب أن تطوق طوقا من نار فاقبلها » .

وفى إسناده المغيرة بن زياد أبو هاشم الموصلى ، وقد وثقه وكيع ويحيى ابن معين وتكلم فيه جماعة . وقال أحمد : ضعيف الحديث ، حدث بأحاديث مناكير وكل حديث رفعه فهو منكر . وقال أبو زرعــة الرازى : لا يحتــج بحديثه ؛ ولكنه قد روى عن عبادة من طريق أخــرى عند أبى داود بلفظ « فقلت : ما ترى فيها يا رسول الله ؟ فقال جمــرة بين كتفيك تقلدتهــا أو تعلقتها » وفى هذه الطريق بقية بن الوليد ، وقد تكلم فيــه جمــاعة ووثقه الجمهور إذ روى عن الثقات ، وقد أورد ابن حجر حديث عبــادة هكذا فى

كتاب النفقات من التلخيص الحبير وتكلم عليه ، وفى هذا المعنى ورد عن معاذ عند الحاكم والبزار بنحو حديث أبى ؛ وعن أبى الدرداء عند الدارمى بإسناد على شرط مسلم بنحوه أيضاً .

وقد استدل بهذه الأحاديث القائلون بعدم جواز الأجرة على تعليم القرآن كأحمد بن حنبل وأصحابه وأبى حنيفة ، وبهذا قال عطاء والضحاك ابن قيس والزهرى وإسحاق بن راهويه وعبد الله بن شقيق ، وذهب جمهور الفقهاء من الشافعية والمالكية إلى أنها تحل الأجرة على تعليم القرآن ، وأجابوا عن هذه الأحاديث بأجوبة منها أن حديثى عبادة وأبى قضيتان فى عين فيحتمل أن النبى صلى الله عليه وسلم علم أنهما فعلا ذلك خالصاً لله فكره أخذ العوض عنه ، وأما من علم القرآن على أنه لله وأن يأخذ من المتعلم ما دفعه إليه بغير سؤال ولا استشراف نفس فلا بأس به .

وقد استدلوا على الجواز بحديث سهل بن سعد عند الشيخين « أن النبى صلى الله عليه وسلم جاءته امرأة فقالت : يا رسول الله إنى قد وهبت نفسى لك فقامت قياما طويلا ، فقام رجل فقال : يا رسول الله زوجنيها إن لم يكن لك بها حاجة فقال صلى الله عليه وسلم هل عندك من شىء تصدقها إياه ؟ فقال : ما عندى إلا إزارى هذه ، فقال النبى صلى الله عليه وسلم إن أعطيتها إزارك ، جلست لا إزار لك فالتمس شيئاً فقال : ما أجد شيئاً فقال : ألتمس ولو خاتما من حديد فالتمس فلم يجد شيئا ، فقال له النبى صلى الله عليه وسلم هل معك من القرآن شىء ؟ فقال : نعم سورة كذا وسورة كذا يسميها ، فقال النبى صلى الله عليه وسلم قد زوجتكها بما معك من القرآن » وفى رواية « قد ملكتكها بما معك من القرآن » ولمسلم « زوجتكها تعلمها القرآن » وفى رواية لأبى داود « علمها عشرين آية وهى امرأتك » ولأحمد « قد أنكحتها على ما معك من القرآن » .

ومن أدلة الجواز حديث عمر المتقدم فى كتاب الزكاة « أن النبى صلى الله عليه وسلم قال له : ما أتاك من هذا المال من غير مسئلة ولا إشراف نفس فخذه » ومن أدلة الجواز حديث الرقية المشهور الذى أخرجه البخارى عن ابن عباس وفيه « إن أحق ما أخذتم عليه أجراً كتاب الله » .

اذا ثبت هذا فإن كان الأجر على تعليم السورة لا يحفظها ففى صحة ذلك وجهان (أحدهما) يصح كما يصح شراء ما لا يملك ثمنه على أن يحصلها ثم يدفعها (والثانى) لا يصح لأن المنفعة غير مقدور عليها فلم يصح

.قال العلامة الشربينى فى المغنى على المنهاج : أما اذا استأجره مدة لجميعه فإنه لا يصح على الأصح فإن فيه جمعاً بين الزمان والعمل وحينئذ كان ينبغى أن يقول المصنف ــ يعنى النووى ــ تعليم قرآن بالتنكير ، فإن الشافعى رضى الله عنه فى باب التدبير نص على أن القرآن بالألف واللام لا يطلق إلا على جميعه فإذا قدر التعليم بمدة كشهر هل يدخل الجميع أو لا ؟ أفتى الغزالى بأن أيام السبوت مستثناة من استئجار اليهودى شهراً لاطراد العرف به .

وقال البلقينى : ويقاس عليه الأحد للنصارى ، والجمع فى حق المسلمين، ثم قال : ويشترط علم المتعاقدين بما يقع العقد على تعليمه ، فإن لم يعلماه وكلا من يعلم ذلك ولا يكفى أن يفتح المصحف ويقول : تعلمنى من هنا إلى هنا ، لأن ذلك لا يفيد معرفة المشار إليه بسهولة أو صعوبة ، فإذا أطلق العقد فى تعلم القرآن ولم يشترط قراءة بعينها فقد قال الماوردى والرويانى تفريعاً على ذلك : يعلمه الأغلب من قراءة البلد كما لو أصدقها دراهم فإنه يتعين البلد ، أى فإن لم يكن فيها أغلب علمه ما شاء من ذلك وهذا أوجه ، فإن عين له قراءة تعينت ، فإن أقرأه غيرها لم يستحق أجرة فى أحد وجهين يظهر ترجيحه ، ولا يشترط رؤية المتعلم ، ويشترط فى المتعلم أن يكون مسلماً أو يرجى إسلامه ، فإن لم يرج لم يعلم كما يباع المصحف من الكافر .

فــرع قال الشافعى : وكذلك يملك المستأجر المنفعة التى فى العبد والدار والدابة إلى المدة التى اشترط حتى يكون أحق بها من مالكها ، ويملك بها صاحبها العوض فهى منفعة معقولة من عين معروفة فهى كالعين المبيعة ، ولو كان حكمها خلاف حكم العين لكان فى حكم الدين ولم يجز أن يكترى بدين لأنه حينئذ يكون ديناً بدين ، وقد نهى النبى صلى الله عليه وسلم عن الدين بالدين ، فإذا وقع ما أكرى وجب له جميع الكراء كما إذا دفع ما باع وجب له جميع الثمن إلا أن يشترط أجلا أ هـ .

وجملة القول فى عقد الإجارة أن يتضمن تمليك منافع فى مقابلة أجرة . فأما المنافع فلا خلاف أنها تملك بالعقد ويستقر الملك بالقبض ، وأما الإجارة فلها ثلاثة أحوال .

(أحدها) أن يشترطا حلولها وتكون حاله اتفاقا .

(والثانى) أن يشترطا تأجيلها أو تنجيمها فتكون مؤجّلة أو منجمة إجماعا .

(والثالث) أن يطلقاها فلا يشترطان فيها حلولا ولا تأجيلا ، فقد اختلف الفقهاء فيها على ثلاثة مذاهب : فمذهب الشافعى منها أن الأجرة تكون حالة تملك بالعقد وتستحق بالتمكين ، وقال أبو حنيفة : لا يتعجل الأجرة بل تكون فى مقابلة المنفعة ، فكلما مضى من المنفعة جزء ملك ما فى مقابلته من الأجرة ، وقال مالك : لا يستحق الأجرة إلا بمضى جميع المدة استدلالا بقوله تعالى : « فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن » فاقتضى أن تكون باستكمال الرضاع يستحق الأجرة . وبما روى أبو هريرة أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « أعطوا الأجير أجره قبل أن يجف عرقه » فكان ذلك منه حثا على تعجيلها فى أول زمان استحقاقها وذلك بعد العمل الذى يعرف به ، ولأن أصول العقود موضوعة على تساوى المتعاقدين فيما يملكانه بالعقد ويكون ملك العوض تاليا لملك المعوض كالبيع إذا ملك على البائع المبيع ملك به الثمن ، وإذا سلم المبيع استحق قبض المنافع مؤجلا وجب أن يكون قبض الأجرة مؤجلا ، وتحريره قياسا أنه عقد معاوضة فوجب أن يكون استحقاق العوض بعد إقباض المعوض كالبيع ، ولأن ما استحق من الأعواض على المنافع يلزم أداؤه بعد تسليم المنافع كالجعالة والقراض ، لأن من ملك الأجرة يمنع من استحقاقها عليه بالعقد ، وقد ثبت أن الدار المؤجرة من الأجرة فدل على أنه لم يكن مالكا للأجرة .

ودليلنا هو أن ما لزم من عقود المنافع استحق العوض فيه حالا كالنكاح، ولأن كل عوض تعجل بالشرط فإطلاقه يوجب حلوله كالثمن ، ولأن الأصول

موضوعة على أن تسليم المعوض يوجب تسليم العوض ليستوى حكم المتعاقدين فيما يملكانه من عوض ومعوض كما هو مقرر فى الأصول فلا يكون حظ أحدهما فيه أقوى من حظ الآخر كالبيع إذا سلم المبيع فيه وجبْ تسليم الثمن ، وكالنكاح إذا حصل التمكين وجب تسليم الصداق كذلك الإجارة إذا حصل تسليم المنفعة وجب تسليم الأجرة ، والمنافع ههنا مقبوضة بالتمكين حكما ؛ وإن لم يكن القبض مستقراً .

فــرع قال الشافعى : وله أن يؤاجر عبده وداره ثلاثين سنة ، أما عقد الإجارة على سنة واحدة فيجوز لأن الغرر يسير فيها والضرورة داعية إليها فأما ما زاد على السنة الواحدة فقد حكى مالك أنه جوزها إلى خمس سنين أو ست سنين لا غير ، وللشافعى فيما زاد على السنة الواحدة قولان .

(أحدهما) لا تجوز الإجارة أكثر من سنة ، لأن الإجارة غرر لأنها عقد قد تسلم وقد لا تسلم ، فإذا قل الزمان قل غررها فجاز ، وإذا طال الزمان كثر غررها فبطل كالخيار ، ولأن السنة هى المدة التى تكمل فيها منافع الزراعة فى الأرضين ، ولا تتغير فيها غالباً الحيوانات والدور فلذلك تقدرت مدة الإجارة بها وبطلت فيما جاوزها .

(والقول الثانى) وهو أصح القولين هنا ، أن الإجارة تجوز أكثر من سنة بثلاثين سنة قدرها الشافعى على سبيل الكثرة ، أما أدناها فأقل مدتها ما أمكن فيه استيفاء المنفعة المعقود عليها وذلك يختلف باختلاف المؤاجر . فإن كان ذلك داراً للسكنى جازت إجارتها يوماً واحداً ، وإن كان ذلك أرضاً للزراعة فأقلها مدة زراعتها ؛ فأما أكثر المدة فهو ما علم بقاء الشيء المؤاجر فيها ، فإن كان ذلك أرضاً تأبد بقاؤها ، وإن كان داراً روعى فيها مدة يبقى فيها بناؤها ، وإن كان حيواناً روعى فيه الأغلب من مدة حياته .

فــرع فأما إذا آجر داره كل شهر بدينار ولم يذكر عدد الشهور وغايتها لم تصح الإجارة فيما عدا الشهر الأول للجهالة بمبلغه . فصار

كقوله : أجرتكها مدة ، واختلف أصحابنا فى صحتها ولزومها فى الشهر الأول على وجهين .

(أحدهما) أن الإجارة فيه صحيحة لكونه معلوما .

(والوجه الثانى) وهو الأصح أنها باطلة لكونه واحدا من عدد مجهول فلم يتميز فى الحكم . وقال أبو حنيفة : الإجارة صحيحة وللمستأجر فسخ الإجارة فى كل شهر قبل دخوله فإذا دخل قبل فسخه لزمه وجعل إطلاق الشهور مع تسمية الأجرة لكل شهر جارياً مجرى بيع الصبرة المجهولة القدر إذا سمى ثمن كل قفيز ، وهذا خطأ للخطأ بما تناوله العقد من الشهور بخلاف الصبرة التى قد أشير إليها وينحصر كيلها ، ولأنه لا يخلو أن تصح الإجارة فلا يكون له فسخها من غير عذر أو تبطل ، فلا يجوز أن يقيم عليها مع العذر ، ويلزم أجرة المثل إن سكن دون المسمى .

فإذا قدر المدة بسنة حملت على السنة الهلالية المعهودة شرعا فإن شرط هلالية كان تأكيدا وإن قال : عددية أوسنة بالأيام كان له ثلاثمائة وستون يوماً ، لأن الشهر العددى يكون ثلاثين يوماً ، وإن استأجر سنة هلالية أول الهلال عد اثني عشر شهرا بالأهلة سواء كان الشهر تاماً أو ناقصاً ، لأن الشهر الهلالي ما بين الهلالين ينقص مرة ويزيد أخرى ، وإن كان العقد فى أثناء شهر عد ما بقى من الشهر وعد بعده أحد عشر شهرا بالهلال ثم كمل الشهر الأول بالعدد ثلاثين يوماً لأنه تعذر إتمامه بالهلال فتممناه بالعدد وأمكن استيفاء ما عداه بالهلال فوجب ذلك لأنه الأصل ، وقد مضى فى السلم بحث فى الشهور العربية الهلالية والشمسية الرومية وبعد ذلك أساساً لتوقيت التعامل هنا كمثله هناك .

فرع قال فى المنهاج : يشترط كون المنفعة معلومة ثم تارة تقدر بزمان كدار سنة وتارة بعمل كدابة إلى مكة وكخياطة ذا الثوب فلو جمعهما فاستأجره ليخيطه بياض النهار لم يصح فى الأصح ، ويقدر تعليم القرآن بمدة أو تعيين سور وفى البناء يبين الموضع والطول والعرض والسمك وما يبنى به إن قدر بالعمل .

وإذا صلحت الأرض لبناء وزراعة وغراس اشترط تعيين المنفعة . ويكفى تعيين الزراعة عن ذكر ما يزرع فى الأصح . ولو قال : لتنتفع بما شئت صح ، وكذا لو قال : إن شئت فازرع وإن شئت فاغرس فى الأصح ، ويشترط فى إجارة دابة لركوب معرفة الراكب بمشاهدة أو وصف تام . وقيل لا يكفى الوصف . وكذا الحكم فيما يركب عليه من محمل وغيره إن كان له .

وقال السبكي : لابد فى تصوير هذه من زيادة ما شئت فيقول : إن شئت فازرع ما شئت أو اغرس ما شئت فإن لم يزد ما ذكر عاد الخلاف فى وجوب تعيين ما يزرع . اهـ

وإذا صلحت الأرض لغراس أو بناء أو زراعة أو لاثنين من هذه الثلاثة اشترط تعيين المنفعة فى الصورتين لاختلاف الضرر اللاحق باختلاف منافع هذه الجهات ، فإن أطلق لم يصح ، أما إذا لم تصلح إلا لجهة واحدة فإنه يكفى الاطلاق فيها كأراضى الأحكار فإنه يغلب فيها البناء ، وبعض البساتين فإنه يغلب فيها الغراس ، ويكفى فى أرض استؤجرت للزراعة تعيين الزراعة عن ذكر ما يزرع فيها ، كقوله : أجرتكها للزراعة أو لتزرعها . فيصح لقلة التفاوت بين أنواع الزرع . ويزرع ما شاء للإطلاق .

قال الرافعي : وكان يحتمل أن ينزل على أقل الدرجات . وما قاله حكاه الخوارزمي وجها فيكون الوجه الثانى أنه لا يكفى لأن ضرر الزرع مختلف. نعم إن أجر على غيره بولاية أو نيابة لا يكفى الاطلاق لوجوب الاحتياط . والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل وان استاجر ظهراً للركوب لم يصح العقد حتى يعرف جنس المركوب ، لأن الغرض يختلف باختلافه ، ويعرف ذلك بالتعيين والوصف لأنه يضبط بالصفة فجاز أن يعقد عليه بالتعيين والوصف ، كما قلنا فى البيع . فانه كان فى الجنس نوعان مختلفان فى السير كالمهلج والقطوف من الخيل ففيه وجهان .

(أحدهما) يفتقر الى ذكره لأن سيرهما يختلف .

(والثانى) لا يفتقر لأن التفاوت فى جنس واحد يقــل ، ولا يصــح حتى يعرف الراكب ، ولا يعرف ذلك الا بالتعيين ، لأنه يختلف بثقله وخفته وحركته وسكونه ، ولا يضبط ذلك بالوصف فوجب تعيينه ، ولا يصح حتى يعــرف ما يركب به من سرج وغيره ، لأنه يختلف ذلك على المركوب والراكب .

فان كان عمارية أو محملا ففيه ثلاثة اوجه :

(احدها) انه يجوز العقد عليه بالوصف لأنه يمكن وصفه فجاز العقد عليه بالصفة كالسرج والقتب .

(والثانى) ان كانت من المحامل البغدادية الخفاف جاز العقد عليـــه بالصفة ، لأنها لا تختلف ، وان كانت من الخراسانية الثقال لم يجز الا بالتعيين لأنها تختلف وتتفاوت .

(والثالث) وهو المذهب أنه لا يجوز الا بالتعيين ، لأنها تختلف بالضيق والسعة والثقل والخفة وذلك لا يضبط بالصفة فوجب تعيينه .

واختلف اصحابنا فى المعاليق كالقدر والسطيحة . فمنهم من قال : لا يجوز حتى يعرف قولا واحداً لأنها تختلف فوجب العلم بها ، ومنهم من قال : فيــه قولان :

(احدهما) لا يجوز حتى يعرف لما ذكرناه .

(والثانى) يجوز وتحمل على ما جرت به العادة لأنه تابع غير مقصود فلم تؤثر الجهالة فيه كالغطاء فى الاجارة ، والحمل فى البيع ؛ وان كان السير فى طريق فيه منازل معروفة جاز العقد عليه مطلقاً ، لأنه معلوم بالعرف فجــاز العقد عليه مطلقا كالثمن فى موضع فيه نقد متعارف ، فان لم يكن فيه منازل معروفة لم يصح ، حتى يبين ، لأنه مختلف لا عرف فيه فوجب بيانه كالثمــن فى موضع لا نقد فيه .

فصــــل فان استأجر ظهراً لحمل متاع صح العقد من غير ذكر جنس الظهر ، لأنه لا غرض فى معرفته ولا يصح حتى يعرف جنس المتاع انه حديد أو قطن ، لأن ذلك يختلف على البهيمة ولا يصح حتى يعرف قدره لأنه يختلف . فان كان موزونا ذكر وزنه ، وان كان مكيلا ذكر كيله ، فان ذكر الوزن فهــو اولى ، لأنه أخصر وأبعد من الغرر ، فان عرف بالمشاهدة جاز كما يجوز بيــع الصبرة بالمشاهدة وان لم يعرف كيلها ـ فان شرط أن يحمل عليها ما شــاء ـ بطل العقد لأنه دخل فى الشرط ما يقتل البهيمة ، وذلك لا يجوز ، فبطل به العقد .

فاما الظروف التى فيها المتاع فانه ان دخلت فى وزن المتاع صح العقــد لأن الغرر قد زال بالوزن وان لم تدخل فى وزن المتاع ـ نظرت فان كانت ظروفا

معروفة كالغرائر الجبلية ــ جاز العقد عليها من غير تعيين ، لأنها لا تتفاوت ، وان كانت غير معروفة لم يجز حتى تعين ، لأنها تختلف ولا تضبط بالصفة فوجب تعيينها) .

الشرح المهملج . قال فى القاموس : والهملجة فارسى معرب ، وشاة هملاج لا مخ فيها لزالها ، وأمر مهملج مذلل منقاد ، والهملاج بالكسر من البراذين والقطوف الدابة ضاق مشيها ، قال زهير :

بارزة الفقارة لم يخنها قطاف فى الركاب ولا خلاء

والعمارية نسبة إلى موضع باليمامة والمحامل كمجالس الهودج فكأن منها ما يصلح للركوب ومنها ما يصلح للحمل ، والمعاليق جمع معلاق ؛ وهو ما يعلق بعروة بلا شد ولا ربط والسطيحة إناء مسطح من الجلد .

أما الأحكام فإنه يشترط فى إجارة الظهر للركوب عينا أو ذمة معرفة الراكب بمشاهدة أو وصف تام لينتفى الغرر . وذلك بنحو ضخامة أو نحافة ، كما فى الحاوى الصغير خلافا للبلقينى وغيره من اعتبار الوزن ، إذ إن ثقل الوزن يخل بتوازنه أو بحشمته ، وإنما اعتبروا فى نحو المحمل الوصف مع الوزن لأنه إذا عين لا يتغير ، والراكب قد يتغير بسمن أو هزال ، فلم يعتبر جمعهما فيه ، وقيل لا يكفى الوصف وتتعين المشاهدة لأنه ليس الخبر كالعيان ، ولما يأتى من عدم الاكتفاء بوصف الرضيع ، وكذا الحكم فيما معه من متاع ، وفيما يركب عليه من محمل وسرج وأكاف إن فحش تفاوته ولم يكن هناك عرف مطرد أو كان ذلك تحت يد المكترى ولو بعارية فيشترط معرفته بمشاهدته أو وصفه التام ، فإذا كان الراكب مجرداً فلا حاجة إلى ذكر ما يركب عليه . ويركبه المؤجر على ما شاء من سرج يليق بالدابة ويناسب قوتها . فإن كان هناك عرف مطرد فلا حاجة إلى ذكره أو النص عليه خلافا للاذرعى ، ولابد فى نحو المحمل من وطاء وهو ما يجلس عليه . وكذا غطاء إن شرط فى العقد ، فإن كان ثمة عرف مطرد حمل الاطلاق عليه ، ولو شرط فى عقد الإجارة حمل المعاليق فسد العقد فى الأصح لاختلاف الناس فيها قلة وكثرة (والثانى) يصح ويحمل على الوسط المعتاد ، وإن لم يشرطه لم يستحق

حملها فى الأصح ، هكذا أفاده النووى والرملى وغيرهما ويقاس على هذا ما ينبغى أن تكون عليه مؤاجرة السيارات للركوب لانتقال أو ارتحال ؛ فقد تحددت فى زماننا هذا حمولة السيارات الركوبية بعدد الراكبين وما يجوز حمله بالعرف المطرد من حقائب ؛ وكذلك السيارات الحمولية تحددت حمولتها بالوزن ومقصد الشرع المحافظة على البهيمة من وجهتين : حرمة الحياة وحرمة المال .

فرع وأما الآلات والعربات ففيها حرمة يجب فى الإيجار أن يعرف المحمول وقدره وجنسه ؛ فإذا كان فى أوطبة وأجولة أو صناديق امتحنها وعرف ما فيها ، فإن كانت عارية فلا كلام وإن كانت مظروفة فى أكياس أو معبأة وجب امتحانها ومعرفتها جنساً ووزنا .

قال الشافعى رضى الله عنه : ولا يجوز من ذلك شىء على شىء مغيب لا يجوز حتى يرى الراكب والراكبين ، وظرف المحمل والوطاء وكيف الظل إن شرطه لأن ذلك يختلف فيتباين أو تكون الحمولة بوزن معلوم أو كيل معلوم أو ظرف ترى أو تكون إذا شرطت عرفت مثل غرائر الحلبة وما أشبه هذا . وقال أيضاً « وإذا تكارى الرجل الدابة إلى موضع فجاوزه إلى غيره فعليه كراء الموضع الذى تكاراها إليه الكراء الذى تكاراها به وعليه من حين تعدى إلى أن ردها كراء مثلها من ذلك الموضع ، وإذا عطبت عليه لزمه الكراء الى الموضع التى عطبت فيه وقيمتها .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل فان استاجر ظهراً للسقى لم يصح العقد حتى يعرف الظهر ، لأنه لا يجوز الا على مدة ، وذلك يختلف باختلاف الظهر فوجب العلم به على الاظهر ويجوز ان يعرف ذلك بالتعيين والصفة ، لأنه يضبط بالصفة ، فجاز ان يعقد عليه بالتعيين والصفة ، كما يجوز بيعه بالتعيين والصفة ، ولا يصح حتى يعرف الدولاب لأنه يختلف ، ولا يعرف ذلك الا بالتعيين لأنه يضبط بالصفة فوجب تعيينه .

(فصل) وان استاجر ظهراً للحرث لم يصح حتى يعرف الأرض ، لأنه يختلف ذلك بصلابة الأرض ورخاوتها ، فان كان على جربان لم يفتقر الى العلم بالظهر لأنه لا يختلف وان كان على مدة وقلنا : انه يصح لم يجز حتى

يعرف الظهر الذى يحرث به ، لأن العمل يختلف باختلافه ، ويعـــرف ذلك بالتعيين والصفة لما ذكرناه فى السقى .

(فصـــل) وان استأجر ظهراً للدياس لم يصح حتى يعرف الجنس الذى يداس ، لأن العمل يختلف باختلافه ، فان كان على زرع معين ، لم يفتقر الى ذكر الحيوان الذى يداس به ، لأنه لا غرض فى تعيينه ، فان كان على مدة لم يصح حتى يعرف الحيوان الذى يداس به ، لأن العمل يختلف باختلافه .

(فصـــل) وان استأجر جارحة للصيد لم يصح حتى يعرف جنس الجارحة ، لأن الصيد يختلف باختلافه ، ويعرف ذلك بالتعيين والصفة ، لأنه ينضبط بالصفة ولا يصح حتى يعرف ما يرسله عليه من الصـــيد ، لأن لكل صنف من الصيد تأثيراً فى اتعاب الجارحة) .

الشرح يجوز اكتراء الدابة للاستقاء بالغرب ـ وهو الدلو العظيمة ـ ونحوه كالدولاب ، فلابد من معرفته لأنه يختلف بكبره وصغره ، ويقدر بكيله مترياً أو قياسه أو وزنه ، ولا يجوز تقدير ذلك بحوض فى الأرض أو حفرة فيها الجهالة ولتسرب الماء فى باطن التربة فإن قدره بعدد المرات احتاج إلى معرفة الموضع الذى يستقى منه والذى يذهب إليه ، لأن ذلك يختلف بالقرب والبعد والسهولة والحزونة ، وإن قدره بملء شىء معين احتاج إلى معرفته ومعرفة ما يستقى منه ، هذا ما يقال فى الاستقاء .

ولما كانت البهيمة تؤجر للحرث والدراس والطحن غير ما مضى من الحمل والنقل فنقول : إن جواز كراء الدابة للحمل ثابت بالكتاب « وتحمل أثقالكم إلى بلد لم تكونوا بالغيه إلا بشق الأنفس » .

أما كراء البقر للحرث فقد ثبت بالنص والعرف قال النبى صلى الله عليه وسلم « بينما رجل يسوق بقرة أراد أن يركبها فقالت : إنى لم أخلق لهذا ، وإنما خلقت للحرث » رواه الشيخان ، على أن هذا يحتاج إلى شرطين ، معرفة الأرض وتقدير العمل ، فأما الأرض فلا تعرف إلا بالمشاهدة لاختلافها صلابة ورخاوة وسعة وضيقاً وقد كانت الأرض تقدر مساحتها بالجربان ـــ جمـــع جريب ـــ وهو ما يبلغ ستين ذراعا مربعاً مهيأ للزرع ولذلك كانوا يقولون فلان يملك ألف جريب وألف خريب ويعنون بالخريب غير المهيـــأ للزراعـــة ويحتاج إلى إصلاح حتى يكون جريباً ، ومن هنا اختلف كراء الجريب عن

الخريب لأن الجريب تكون مستوية السطح خالية من الحجارة والحفر بعكس الخريب لذلك وجب رؤيتها لأنها لا تعرف إلا بالمشاهدة .

وأما تقدير العمل فيجوز بأحد شيئين إما بالمدة كيوم ويومين وإما بالأرض كهذه القطعة ، أو من هذا المكان أو بالمساحة كقصبة أو قصبتين (والقصبة ٣٥٥ س م .) والفدان ٣٣٣ وثلث قصبة .

أما الدراس أو الدياس ــ والدياس جعلوها مصدراً لداس يدوس دوساً ودياسا مثل الدراس فمن علماء اللغة من ينكر كون الدياس من كلام العرب ، ومنهم من يقول : هو مجاز وكأنه مأخوذ من داس الأرض دوسا إذا شدد وطأه عليها بقدمه . والمدوس الذى تداس به الحبطة ــ بكسر الميم ــ لأنه آلة .

وأما المداس الذى ينتعله الإنسان فإن صح سماعه فقياسه كسر الميم لأنه آلة وإلا فالكسر أيضا حملا على النظائر الغالبة من العربية ، ولا أدرى وجه صاحب القاموس المحيط فى جعله زنة سحاب ــ قلت : أما تأجير البقر للدراس أو غير البقر فأشبه الحرث فى معرفة نوع الزرع المراد دياسه وهل بالنورج أم بدونه وعلى مدة ومعرفة الحيوان ، لأن الغرض يختلف باختلافه، والحيوانات يكون كلها نجس البول والروث فيختلط بالطعام فيحتاج إلى اختياره وتحديد نوعه الذى يغتفر لعدم تفاحشه وكذلك إدارة الرحى للطحن يفتقر إلى شيئين ؛ معرفة الحجر بالمشاهدة ، وإما بصفة تعرف بها حالته من الثقل أو الخفة وتقدير العمل إما بالزمان كيوم ويومين ونوع المطحون فقد يكون عسير الطحن لصلابته .

فــرع إذا استأجر جارحة للصيد لم يصح حتى يعرف جنسها لأنها إذا كانت الجارحة كلباً فلا يصح استئجاره كما صحح ذلك النووى ؛ وحكى الرملى والشربينى منازعة النووى فى هذا ؛ وقال الأذرعى : المختار قــول الغزالى ، يعنى من حيث جواز إجارة الكلب المعلم للصيد .

أما الجوارح الأخرى كالبازى والعقاب والفهد فيجوز استئجارها قولا

واحدا كما يجوز استئجار السنور لصيد الفأر . وعلى هذا يصح استئجارها - أعني الجوارح - من ذمي أو مجوسي ويجري عليها حكم صيد المسلم بكلب النصراني واليهودي ، إذ قلنا بصحة استئجاره فإن صيده جائز .

أما الجوارح الأخرى فإنه يصح استئجارها من يهودي أو نصراني ويصح صيدها قال العبدري : وبه قال الفقهاء كافة وقال ابن المنذر : وبه قال سعيد ابن المسيب والحكم والزهري ومالك وأبو حنيفة وأبو ثور وهو أصح الروايتين عن عطاء وممن كرهه جابر بن عبد الله والحسن البصري وعطاء ومجاهد والنخعي والثوري وإسحاق بن راهويه ، وقال أحمد : كلب النصراني واليهودي : عندي أهون من المجوسي والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) وان استأجر رجلا ليرعى له مدة لم يصح حتى يعرف جنس الحيوان ، لأن لكل جنس من الماشية تأثيراً في اتعاب الراعي ، ويجوز ان يعقد على جنس معين وعلى جنس في الذمة ، فان عقد على موصوف لم يصح حتى يذكر العدد ، لأن العمل يختلف باختلافه ، ومن أصحابنا من قال : يجوز مطلقا ويحمل على ما جرت به العادة أن يرعاه الواحد من مائة او اقل أو اكثر ، والأول أظهر ، لأن ذلك يختلف وليس فيه عرف واحد .

(فصل) وان استاجر امراة للرضاع لم يصح العقد حتى يعرف الصبي الذى عقد على ارضاعه ، لانه يختلف الرضاع باختلافه ، ولا يعرف ذلك الا بالتعيين ؛ لانه لا يضبط بالصفة ولا يصح حتى يذكر موضع الرضاع لأن الغرض يختلف باختلافه .

فصل وان استاجر رجلا ليحفر له بئراً او نهراً لم يصح العقد حتى يعرف الأرض لأن الحفر يختلف باختلافها ، ولا يصح حتى يذكر الطول والعرض والعمق ، لأن الغرض يختلف باختلافها ، وان استأجر لبناء حائط لم يصح العقد حتى يذكر الطول والعرض وما يبنى به من الآجر واللبن والجص والطين، لأن الأغراض تختلف باختلافها ، وان استاجره لضرب اللبن لم يصح حتى يعرف موضع الماء والتراب ، ويذكر الطول والعرض والسمك والعدد ، وعلى هذا جميع الأعمال التي يستاجر عليها .

وان كان فيما يختلف الغرض باختلافه مالا يعرفه ، رجع فيه الى اهل الخبرة ليعقد على شرطه ، كما اذا أراد أن يعقد النكاح ، ولم يعرف شروط

العقد ، رجع الى من يعرفه ليعقد بشروطه ، وان عجز عن ذلك فوضه الى من يعرفه ليعقد بشرطه كما يوكل الأعمى في البيع والشراء من يشاهد المبيع .

(فصـــل) وان استأجر رجلا ليلقنه سورة من القرآن لم يصح حتى يعرف السورة لأن الفرض يختلف باختلافها ، وان كان على تلاوة عشر آيات من القرآن لم يصح حتى يعينها لأن آيات القرآن تختلف ، فان كان على عشر آيات من سورة معينة ففيه وجهان :

(احدهما) لا يصح ، لأن الأعشار تختلف .

(والثاني) يصح ، لما روى أبو هريرة رضي الله عنه قال : « جاءت امرأة الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فعرضت نفسها عليه ، فقال لها : اجلسي بارك الله فيك ، اما نحن فلا حاجة لنا فيك ، ولكن تملكيننا أمرك ؟ قالت : نعم ، فنظر رسول الله صلى الله عليه وسلم في وجوه القوم ، فدعا رجلا منهم ، فقـال لهـا : انى أريد أن أزوجك هـذا ان رضيت ، فقالت : ما رضيت لي يا رسول الله فقد رضيت ، ثم قال للرجل : هل عندك من شيء ؟ قال : لا والله يا رسول الله . قال: ما تحفظ من القرآن ؟ قال : سورة البقرة والتي يليها ، قال قم فعلمها عشرين آية وهي امرأتك » وهل يفتقر الى تعيين الحرف ؟ فيه وجهان (احدهما) لا يصح حتى يعين الحرف ، لأن الأغراض تختلف باختلاف الحرف .

(والثاني) لا يحتاج الى تعيين الحرف ، لأن ما بين الأحرف من الاختلاف قليل .

(فصـــل) وان استأجر للحج والعمرة لم يصح حتى يذكر انه افـراد أو قران أو تمتع ، لأن الأغراض تختلف باختلافها ، فأما موضع الاحرام فقال في الأم : لا يجوز حتى يعين . وقال في الاملاء : اذا استأجر أجيراً أحرم مـن الميقات ولم يشترط التعيين ، واختلف اصحابنا فيه فقال أبو اسـحاق المروزي : فيه قولان :

(احدهما) لا يجوز حتى يعين ، لأن الاحرام قد يكون من الميقات ، وقد يكون من دويرة اهله ، وقد يكون من غيرهما ، فاذا اطلق صار العقد على مجهول فلم يصح .

(والثاني) انه يجوز من غير تعيين ويحمل على ميقات الشرع ، لأن الميقات معلوم بالشرع فانصرف الاطلاق اليه كنقد البلد في البيع .

ومن أصحابنا من قال : ان كان الحج عن حي لم يجز حتى يعين ، لأنه يمكن الرجوع الى معرفة غرضه ، وان كان عن ميت جاز من غير تعيين ، لأنه لا يمكن الرجوع الى معرفة غرضه ، وحمـل القولين على هـذين الحالين . ومنهم من قال : ان كان للبلد ميقاتان لم يجز حتى يبين ، لأنه ليس احدهما

بأولى من الآخر ، فوجب بيانه كالثمن فى موضع فيه نقدان . وان لم يكن له الا ميقات واحد جاز من غير تعيين ، كالثمن فى موضع ليس فيه الا نقد واحد : وحمل القولين على هذين الحالين ، فان ترك التعيين وقلنا : انه لا يصح فحج الأجير ، انعقد الحج للمستأجر لأنه فعله باذنه مع فساد العقد ، فوقع له كما لو وكله وكالة فاسدة فى بيع) .

الشرح أوردنا فى صدر هذا الباب آية استئجار شعيب لموسى ، وقد روى أحمد والبخارى وابنَ ماجه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « ما بعث الله نبيا إلا رعى الغنم . فقال أصحابه:وأنت ؟ قال:نعم،كنت أرعاها على قراريط لأهل مكة » وقال سويد بن سعيد : يعنى كل شاة بقيراط .

وقال إبراهيم الحربى : قراريط اسم موضع ، وقد صوب ابن الجوزى وابن ناصر التفسير الذى ذكره إبراهيم الحربى ، لكن الذى رجح تفسير ابن سويد أن أهل مكة لا يعرفون مكاناً يقال له : قراريط .

وقد روى النسائى من حديث نصر بن حزن قال : افتخر أهل الإبل والغنم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « بعث موسى وهو راعى غنم ، وبعث داود وهو راعى غنم وبعثت وأنا راعى غنم أهلى بجياد » وفى الحديث دليل على جواز الإجارة على رعى الغنم ، ويلحق بها فى الجواز غيرها من الحيوان، وهل يصح أن يرعى قطيعاً بغير عدد من الغنم ، أو قطيعاً بغير عدد من البقر قل أو كثر ؟ قولان :(أحدهما) وهو الأصح أن يذكر العدد وأن يكون الأجر متناسبا لقدر المنفعة والعمل . (والثانى) إذا جرى عرف مطرد بأن يرعى القطيع من غير عدد صح عقده .

فــرع مذهب الشافعى رضى الله عنه على أنه يجوز استئجار الأم لإرضاع ولدها . وقال أبو حنيفة : لا يجوز مادامت فى النكاح أو العدة ا هـ.

ولا يجوز استئجار امرأة حرة منكوحة لإرضاع أو غيره مما يؤدى إلى خلوة محرمة إلا بإذن زوجها على الأصح ، ويؤخذ من قول الأذرعى أنه يجوز لها ذلك إذا كان زوجها غائبا فأجرت نفسها لعمل مباح لا خلوة فيه بأجنبى ينقضى أجله قبل قدومه ، وقد اعترض الغزى على هذا بأن المرأة

ومنافعها مستحقة لزوجها بعقد النكاح . قال الرملى : وهذا الاعتراض ممنوع بأنه لا يستحقها ؛ وإنما يستحق المنفعة منها وهى متعذرة منه ؛ ولو اختلفت الزوجة مع زوجها حول الإذن صدق الزوج ولا كلام .

على أن الأقيس على ظاهر المذهب أنه يصح لها على حد قول الأذرعى لأنه لما جاز للزوج أن يستأجر زوجته لإرضاع ولده ولو كان منها فان ذلك يفيد بمفهومه ملكها للمنفعة إذا تقرر هذا فهل يجوز أن يستأجر المرضعة بطعامها وكسوتها ؟ مذهب الشافعى على أن ذلك لا يجوز فى الظئر ولا فى غيره من أنواع الإجارات وقد اختلفت الرواية عن أحمد فيمن استأجر أجيراً بطعامه وكسوته أو جعل أجراً أو شرط طعامه وكسوته فروى عنه جواز ذلك وهو مذهب مالك وإسحاق .

وروى عن أبى بكر وعمر وأبى موسى أنهم استأجروا الأجراء بطعامهم وكسوتهم ، وروى عن أحمد أن ذلك جائز فى الظئر دون غيره لقوله تعالى : « وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف » فأوجب لهن النفقة والكسوة على الرضاع ، ولم يفرق بين المطلقة وغيرها ، بل فى الآية قرينة تدل على طلاقها لأن الزوجة تجب نفقتها وكسوتها بالزوجية وإن لم ترضع ، لأن الله تعالى قال : « وعلى الوارث مثل ذلك » والوارث ليس بزوج ، ولأن المنفعة فى الحضانة والرضاع غير معلومة ، فجاز أن يكون عوضها كذلك .

وروى عنه رواية ثالثة : لا يجوز ذلك بحال ، لا فى الظئر ولا فى غيرها . وبهذا قال الشافعى وأبو يوسف ومحمد أبو ثور وابن المنذر لأن ذلك يختلف اختلافا كثيراً متباينا فيكون مجهولا ، والأجر من شرطه أن يكون معلوما

اذا ثبت هذا فهل تدخل الحضانة فى الرضاع أم لا ؟ على وجهين : (أحدهما) لا تدخل وهو قول أبى ثور وابن المنذر لأن العقد لم يتناولها . (والثانى) تدخل وهو قول أصحاب الرأى ، لأن العرف جار بأن المرضعة تحضن الصبى فحمل الاطلاق على ما جرى به العرف والعادة : ويشترط لعقد الرضاعة أربعة شروط :

(الأول) أن تكون مدة الرضاع معلومة ؛ لأنه لا يمكن تقديره إلا بها ، فإن السقى والعمل فيها يختلف .

(الثانى) معرفة الصبى بالمشاهدة ؛ لأن الرضاع يختلف باختلاف الصبى فى كبره وصغره ونهمته وقناعته .

(الثالث) موضع الرضاع لأنه يختلف فيشق عليها فى بيته ويسهل عليها فى بيتها

(الرابع) معرفة العوض وكونه معلوما كما سبق .

فـــرع إذا استأجر عاملا يحفر له بئرا وحدد له مكان البئر وسعتها وأجره ، أو استأجر عاملا يضرب له لبناً وهيأ له الماء والتبن والتراب والمكان الصالح لضرب اللبن ، ثم انهارت البئر أو تلف اللبن بمطر أو داست عليه بهيمة فأتلفته فقد استحق العامل أجره ، ولا ضمان عليه فى البئر ولا فى اللبن .

فـــرع . يجوز أن يأخذ الأجرة على تعليم القرآن أو سورة منـــه مع تعيينها أو قدر منه مع تعيينه وتحديده كما يجوز أن يأخذ الأجرة على تعليم الفقه والحديث ونحوهما إن كان محتاجا وهو وجه فى المذهب ، ولا يصح الاستئجار على القراءة على الموتى لنصه فى الأم حيث قال : إن القراءة لا تحصل له .

وقال الشربينى فى المغنى : الاجارة للقـــرآن على القبر مدة معـــلومة أو قدراً معلوما جائزة للانتفاع بنزول الرحمة حيث يقرأ القرآن ويكون الميت كالحى الحاضر ، سواء أعقب القرآن بالدعاء أم جعل قراءته له أم لا فتعود منفعة القرآن إلى الميت فى ذلك ، ولأن الدعاء يلحقه وهو بعدها أقرب إلى الاجابة وأكثر بركة ، ولأنه إذا جعل أجرة الحاصل بقراءة للميت فهو دعاء بحصول الأجر فينتفع به . فقول الشافعى رضى الله عنه إن القراءة لا تحصل له محمول على غير ذلك . وقـــد أفتى الشـــهاب الرملى بذلك وأفاده ولده شمس الدين فى نهاية المحتاج .

قلت : وقد أجمع أهل العلم على أن القارىء إذا قرأ ابتغاء المال وطلبا تنقود لاسيما فى زماننا الذى عمت فيه حرفة القراءة ، وصاروا يتقاولون على القراءة ويتزيدون كما يتزيد المتبذلون من أهل الغناء والفتنة فإنه لا ثواب له وقد يكون مأزورا آثما لأنه لا يبتغي بالقرآن وجه الله ، ولم يقف عند عجائبه فيحرك به قلبه ، وكما يقول أبو حامد الغزالى رحمه الله : الموعظة زكاة نصاب الاتعاظ ومن لا نصاب عنده لا زكاة عليه ففاقد الاتعاظ بكتاب الله ليس عندة ما يمنحه غيره من الموعظة .

فــرع قال أصحابنا : أعمال الحج معروفة فإذا علمها المتعاقدان عند الإجارة صحت الإجارة ، وإن جهلها أحدهما لم تصح بلا خلاف ، وممن صرح به إمام الحرمين والبغوى والمتولى ، وهل يشترط تعيين الميقات الذى يحرم منه الأجير ؟ نص الشافعى فى الأم ومختصر المزنى أنه يشترط ، ونص فى الإملاء أنه لا يشترط ، وللأصحاب أربع طرق أصحها وبه قال أبو إسحاق المروزى والاكثرون ، ووافق المصنفون على تصحيحه فيه قولان أصحهما لا يشترط ، ويحمل على ميقات تلك البلدة فى العادة الغالبة ، لأن الاجارة تقع على حج شرعى ، والحج الشرعى له ميقات معقود شرعا وغيرها فانصرف الاطلاق إليه ، ولأنه لا فرق بين ما يقرره المتعاقدان وما تقرر فى الشرع أو العرف ، كما لو باع بثمن مطلق فإنه يحمل على ما تقرر فى العرف ، وهو النقد الغالب ويكون كما لو قرراه .

وممن نص على تصحيح هذا القول الشيخ أبو حامد فى تعليقه والمحاملى والبندنيجى والرافعي وآخرون . والثاني : يشترط لأن الإحرام قد يكون من الميقات وفوقه ودونه ، والغرض يختلف بذلك فوجب بيانه .

(والطريق الثانى) إن كان للبلد طريقان مختلفان إلى الميقات أو طريق يفضي إلى ميقاتين اشترط بيانه وإلا فلا .

(والطريق الثالث) إن كان الاستئجار عن حى اشترط ، وإن كان عن ميت فلا لأنه قد يتعلق للحى غرض فيه وهذا الطريق هو الذى حكاه المصنف

هنا وحكاه الشيخ أبو حامد والمحاملي وسائر العراقيين ، وضعفه الشيخ أبو حامد الاسفراييني وآخرون ، وهذا والذى قبله ليس بشيء عندهم ونقله إمام الحرمين .

(والطريق الرابع) ما حكاه الدارمي من أنه يشترط قولا واحداً ، وعلى هذا إن شرطاه فأهملاه فسدت الإجارة ، لكن يصح الحج عن المستأجر وعليه أجرة المثل ، أما تعيين زمان الإحرام فليس بشرط بلا خلاف .

قالوا : وإن كانت الإجارة للحج والعمرة اشترط بلا خلاف بيان إنهما إفراد أو تمتع أو قران لاختلاف الغرض بذلك ، هذا وقد نقل المزنى أن الشافعى نص فى المنثور أنه إذا قال المعضوب :من حج عنى فله مائة درهم فحج عنه إنسان استحق المائة ، قال المزنى : ينبغى أن يستحق أجرة المثل ، لأن هذا اجارة فلا يصح من غير تعيين الأجر ، هذا كلام الشافعى والمزنى ، وقد ذكر المصنف المسألة فى باب الجعالة ، وللأصحاب فيها ثلاثة أوجه (أصحها) صحة الحج عن المستأجر واستحقاق الأجير أجرة المثل ، لأنه جعالة وليس بإجارة والجعالة تجوز على عمل مجهول فوقوعها عن معلوم أولى ، هذا وبقية ما يتعلق بالإجارة عن الحج من انفراد أجير أو تعدد أجراء أو حصول الإجارة بمكة أو غيرها مفصل مبسوط فى كتاب الحج من المجموع فاشدد به يديك والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) ولا تصح الاجارة الا على أجرة معلومة لأنه عقد يقصد به العوض ، فلم يصح من غير ذكر العوض كالبيع ، ويجوز اجارة المنافع من جنسها ومن غير جنسها ، لأن المنافع فى الاجارة كالأعيان فى البيع ، ثم الأعيان يجوز بيع بعضها ببعض فكذلك المنافع .

(فصل) ولا تجوز الا بعوض معلوم لما روى أبو سعيد الخدرى رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « من استأجر اجيراً فليعلمه أجره » ولأنه عقد معاوضة فلم يجز بعوض مجهول كالبيع ، وان عقد بمال جزاف ــ نظرت ، فان كان العقد على منفعة فى الذمة ــ ففيه قولان ، لأن اجارة المنفعة فى الذمة كالسلم ، وفى السلم على مال جزاف قولان ، فكذلك

فى الاجارة ، فان كان العقد على منفعة معينة ففيه طريقان ، من اصحابنا من قال : يجوز قولا واحداً ، لأن اجارة العين كبيع العين ، وفى بيع العين يجوز ان يكون العوض جزافا قولا واحداً فكذلك فى الاجارة ، ومنهم من قال : فيه قولان : (احدهما) يجوز . (والثانى) لا يجوز ، لأنه عقد على منتظر ، وربما انفسخ فيحتاج الى الرجوع الى العوض ، فكان فى عوضه جزافا قولان كالسلم .

وان كانت الاجارة على منفعة معينة جاز باجرة حالة ومؤجلة ، لأن اجارة العين كبيع العين ، وبيع العين يصح بثمن حال ومؤجل ، فكذلك الاجارة ، فان اطلق العقد وجبت الأجرة بالعقد ، ويجب تسليمها بتسليم العين ، لما روى ابو هريرة : قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « أعطوا الأجير أجره قبل أن يجف رشحه » .

ولأن الاجارة كالبيع يجب الثمن بنفس العقد ويجب تسليمه بتسليم العين، فكذلك فى الاجارة ، فان استوفى المنفعة استقرت الأجرة لما روى ابو هريرة رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « قال ربكم عز وجل ، ثلاثة انا خصمهم يوم القيامة ، ومن كنت خصمه خصمته ، رجل أعطى بى ثم غدر ، ورجل باع حراً فأكل ثمنه ، ورجل استأجر أجيرا فاستوفى منه ولم يوفه اجره » ولأنه قبض المعقود عليه فاستقر عليه البدل كما لو قبض المبيع . فأن سلم اليه العين التى وقع العقد على منفعتها ـ ومضت مدة يمكن فيها الاستيفاء ـ استقر البدل لأن المعقود عليه تلف تحت يده فاستقر عليه البدل كالمبيع اذا تلف فى يد المشترى ، فان عرض العين على المستأجر ومضى زمان يمكن فيه الاستيفاء استقرت الأجرة لأن المنافع تلفت باختياره فاستقر عليه ضمانها كالمشترى اذا اتلف المبيع فى يد البائع .

فأن كان هذا فى اجارة فاسدة استقر عليه أجرة المثل ، لأن الاجارة كالبيع والمنفعة كالعين ، ثم البيع الفاسد كالصحيح فى استقرار البدل ، فكذلك فى الاجارة ، فان كان العقد على منفعة فى الذمة لم يجز بأجرة مؤجلة ، لأن اجارة ما فى الذمة كالسلم ، ولا يجوز السلم بثمن مؤجل فكذلك الاجارة ، ولا يجوز حتى يقبض العوض فى المجلس كما لا يجوز فى السلم ، ومن اصحابنا من قال : ان كان العقد بلفظ السلم وجب قبض العوض فى المجلس لأنه سلم ، وان كان بلفظ الاجارة لم يجب لأنه اجارة ، والأول اظهر ، لأن الحكم يتبع المعنى لا الاسم . ومعناه معنى السلم فكان حكمه كحكمه ، ولا تستقر الأجرة فى هذه الاجارة الا باستيفاء المنفعة ، لأن المعقود عليه فى الذمة فلا يستقر بدله من غير استيفاء كالسلم فيه) .

الشرح حديث أبى سعيد الخدرى رضى الله عنه رواه أحمد ولفظه « نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن استئجار الأجير حتى يبين له أجره»

وعن النجش واللمس وإلقاء الحجر » قال في مجمع الزوائد : رجال أحمد رجال الصحيح إلا أن إبراهيم النخعي لم يسمع من أبي سعيد فيما أحسب. وأخرجه أيضاً البيهقي وعبد الرزاق وإسحاق بن راهويه وأبو داود في المراسيل والنسائي في الزراعة غير مرفوع ، ولفظ بعضهم « من استأجر أجيراً فليسهم له أجرته » وفي هذا الحديث دليل على وجوب بيان قدر الأجرة ، وبه قال أبو يوسف ومحمد ، وقال مالك وأحمد بن حنبل وابن شبرمة : لا يجب للعرف واستحسان المسلمين ، قال صاحب البحر الزخار : لا نسلم بل الإجماع على خلافه اهـ . ويؤيد قول المذهب القياس على ثمن المبيع .

أما حديث أبي هريرة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « يقول الله تعالى : « ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة ، الحديث » فقد أخرجه أحمد والبخاري ، وأخرجه أيضاً البزار وفي إسناد البزار هشام بن زياد (أبو المقدم) وهو ضعيف قال ابن التين : هو سبحانه خصم لجميع الظالمين إلا أنه أراد التشديد على هؤلاء بالتصريح ، والخصم يطلق على الواحد والأثنين وعلى أكثر من ذلك .

وقال الهروي : الواحد بكسر أوله ، قال الفراء في إطلاق الخصم على الواحد فأكثر هو قول الفصحاء . ويجوز في الاثنين خصمان ، قلت : استعمل القرآن في الاثنين خصمان في قوله تعالى « خصمان بغى بعضنا على بعض » ، وهو أبلغ استعمال وأفصحه . قوله « من كنت خصمه خصمته » هذه الزيادة ليست في صحيح البخاري ولكنه أخرجها أحمد وابن حبان وابن خزيمة والاسماعيلي ، قوله « باع حراً وأكل ثمنه » في رواية لأبي داود « ورجل اعتبد محرره » وهو أعم في الفعل وأخص في المفعول .

قال الخطابي : اعتباد الحر يقع بأمرين ، أن يعتقه ثم يكتم ذلك أو يجحده ، والثاني أن يستخدمه كرها بعد العتق ، والأول أشدهما . قال في الفتح : الأول أشد لأن فيه مع كتم الفعل أو جحده العمل بمقتضى ذلك من البيع وأكل الثمن فمن ثم كان الوعيد عليه أشد وفي قضاء الأجر عند توفية

العمل خلاف بين العلماء فعند أبي حنيفة وأصحابه إنما تملك بالعقد فتتبعها أحكام الملك ، وعند الشافعي وأصحابه أنها تستحق بالعقد وهذا في الصحيحة ، وأما الفاسدة فقال في البحر : لا تجب بالعقد إجماعا وتجب بالاستيفاء إجماعا .

والإجارة أصول في أنفسها تتنوع على وجهها ؛ وهي كالبيوع سواء بسواء ، قال الشافعي رضي الله عنه : البيوع الصحيحة صنفان بيع عين يراها المشتري والبائع ، وبيع صفة مضمونة على البائع ، وبيع ثالث وهو الرجل يبيع السلعة بعينها غائبة عن البائع والمشتري ؛ غير مضمونة على البائع إن سلمت السلعة حتى يراها المشتري كان فيها بالخيار باعه إياها على صفة وكانت على تلك الصفة التي باعه إياها ، أو مخالفة لتلك الصفة ، لأن بيع الصفات التي تلزم المشتري ما كان مضموناً على صاحبه ، ولا يتم البيع في هذا حتى يرى المشتري السلعة فيرضاها ويتفرقان بعد البيع من مقامها الذي رآه فيه ، فحينئذ يتم البيع ويجب عليه الثمن كما يجب عليه الثمن في سلعة حاضرة اشتراها حتى يتفرقا بعد البيع عن تراض ، ولا يجوز أن تباع هذه السلعة بعينها إلى أجل من الآجال قريب ولا بعيد من قبل أنه إنما يلزم بالأجل ويجوز فيما حل لصاحبه ، وأخذه مشتريه ولزمه بكل وجه اهـ .

ونقل السبكي في فتاويه عن القفال قوله : أما الإجارة على الذمة فيثبت فيها خيار المجلس لا محالة بناء على أنها ملحقة بالسلم حتى يجب فيها قبض البدل في المجلس وقال : أما الرجل يؤاجر نفسه فالإجارة تجوز معيناً ، وفي الذمة ، فإن أجره معينا فلابد أن تكون المنفعة معلومة بأحد أمرين بتقدير العمل أو المدة ، والله تعالى أعلم .

فــــرع في مذاهب العلماء فيمن استأجر أجيراً :

إن مذهبنا أن يكون الأجر معلوما لا جهالة فيه وبهذا قال أبو يوسف ومحمد وأبو ثور وابن المنذر وقال أحمد فيمن استأجر أجيراً بطعامه وكسوته أو جعل له أجراً وشرط طعامه وكسوته فروى عنه جواز ذلك ، وهو مذهب مالك وإسحاق بن راهويه وروى عن أبي بكر وعمر وأبي موسى رضي الله

عنهم أنهم استأجروا الاجراء بطعامهم وكسوتهم . وروى عنه أن ذلك جائز في الظئر دون غيرها ، اختارها القاضي . وهذا مذهب أبي حنيفة لأن ذلك مجهول ؛ وإنما جاز في الظئر لقوله تعالى : « وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف » .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل وما عقد من الاجارة على منفعة موصوفة في الذمة يجوز حالا ومؤجلا في الذمة كالسلم ، والسلم يجوز حالا ومؤجـــلا ، فكذلك الاجارة في الذمة . وان استأجر منفعة وأطلق وجبت المنفعة حالة ، كما اذا أسلم في شيء وأطلق وجب حالا ، فان استأجر رجلا للحج في الذمة لزمه الحج من سنته ، فان أخره عن السنة ــ نظـرت ، فان كانت الاجـــارة عن حي ــ كان له أن يفسخ ، لأن حقه تأخر ، وله في الفسخ فائدة ، وهو ان يتصرف في الأجـــرة فان كانت عن ميت لم يفسخ ، لأنه لا يمكن التصرف في الأجرة اذا فسخ العقد ، ولابد من استئجار غيره في السنة الثانية ، فلم يكن للفســخ وجه ، وما عقـد على منفعة معينة لا يجوز الا حالا ، فان كان على مدة لم يجز الا على مـــدة يتصل ابتداؤها بالعقد ، وان كان على عمل معين لم يجز الا في الوقت الذي يمكن الشروع في العمل لأن اجارة العين كبيع العين وبيع العين لا يجوز الا على ما يمكن الشروع في قبضها فكذلك الاجارة ، فان استأجر من يحج لم يجز الا في الوقت الذي يتمكن فيه من التوجه ؛ فان كان في موضع قريب لم يجز قبل أشهر الحج ، لأنه يتأخر استيفاء المعقود عليه عن حال العقد ، وان كان في موضع بعيد لا يدرك الحج الا ان يسير قبل اشهره لم يستأجر الا في الوقت الذي يتوجه بعده ، لأنه وقت الشروع في الاستيفاء .

فان قال : اجرتك هذه الدار شهراً لم يصح ، لانه ترك تعيين المعقـــود عليه في عقد شرط فيه التعيين ، فبطل كما لو قال : بعتك عبدا ؛ فان اجـــر داراً من رجل شهراً من وقت العقد ، ثم اجرها منه الشهر الذي بعده قبـــل انقضاء الشهر الأول ، ففيه وجهان :

(احدهما) لا يصح ، لأنه اجارة منفعة معينة ، على مدة متاخرة عن العقد ، فاشبه اذا اجرها من غيره .

(والثاني) انه يصح ، وهو المنصوص ، لانه ليس لغيره يد تحول بينـــه وبين ما استأجره ولأن احد شهريه لا ينفصل عن الآخر ، فاشبه اذا جمـــع بينهما في العقد) .

الشرح قال المحاملى فى المجموع : لا يجوز أن يستأجره فى إجارة العين إلا فى الوقت الذى يتمكن فيه . وقال النووى : إن كان فى موضع قريب لم يجز استئجاره قبل أشهر الحج وإن كان فى موضع بعيد لم يستأجره إلا فى الوقت الذى يتوجه بعده لأنه وقت الشروع فى الاستيفاء ؛ وقال أبو الطيب : لا يمكن إجارة إلا فى وقت يمكن العمل فيه أو يحتاج فيه إلى السبب . اهـ ؛

ومن هنا إذا لم يشرع فى الحج فى السنة الأولى لعذر أو لغير عذر ، فان كانت الإجارة على العين انفسخت لفوات موضوع العقد قولا واحدا . وإن كانت فى الذمة ؛ فإن لم تتعين السنة فهو كتعيين السنة الأولى ، وعند بعض أصحابنا يجوز التأخر عن السنة الأولى ويثبت الخيار للمستأجر ؛ وإن عينا السنة وتأخر عنها فطريقان أصحهما :

على قولين كما لو انقطع المسلم فيه عند حلول الأجل (الأول) لا ينفسخ العقد وهو الأظهر (الثانى) ينفسخ قولا واحدا ، وهو مقتضى كلام المصنف هنا

وإن كان الاستئجار عن ميت فلا خيار للمستأجر ، وهذا هو رأى المصنف وأصحابنا العراقيين ، وقد قال إمام الحرمين : وفيما ذكروه نظر لأنه لا يمنع أن يثبت للورثة الخيار ويستردون الأجرة بالفسخ ، وهذا استدراك على المصنف يجعل للورثة الحق فى أن يبذلوا الأجرة لأجير آخر ، وهذا أجدر بحصول المقصود وقد تابع الغزالى شيخه على هذا .

وقال البغوى وآخرون بوجوب مراعاة الولى المصلحة فى ذلك ، فإن رأى الفسخ لخوف إفلاس الأجير أو هربه وإلا تركه وضمن ، وصحح الرافعى هذا وحمل الرافعى قول المصنف وأصحابه من العراقيين على أن الميت قد أوصى بأن يحج عنه فلان فتكون الوصية مستحقة الصرف إليه .

وقال أبو إسحاق المروزى : للمستأجر أن يرفع الأمر إلى القاضى ليفسخ العقد إن كانت المصلحة تقتضيه . قال الرافعى : فإن نزل ما ذكروه على المعنى الأول ارتفع الخلاف وإن نزل على الثانى هان أمره .

قوله « لأنه إجارة منفعة معينة على مدة متأخرة » قال النووى فى المنهاج: ولا تجوز إجارة عين لمنفعة مستقبلة . ا هـ

وذلك كإجارة هذه الدار السنة المستقبلة أو سنة أولها من غد ، وكذا إن قال : أولها من أمس ، وكإجارة أرض مزروعة لا يمكن تفريغها إلا بعد مدة لمثلها أجرة ، وذلك كما لو باعه عينا على أن يسلمها له بعد ساعة بخلاف إجارة الذمة كما مر ، ولو قال ـ وقد عقد آخر النهار : أولها يوم تاريخه لم يضر لأن القرينة ظاهرة فى أن المراد باليوم الوقت أو فى التعبير باليوم عن بعضه ، ويستثنى من المنع فى المستقبلة صور ، كما لو أجره ليلا ليعمل نهاراً. وهذا عرف شائع فى ديارنا إبان الحصاد وجنى القطن ونقاوة الدودة وشتل الأرز وتعفير الطماطم بالكبريت قبل جفاف الندى .

ومثله إجارة دار بغير بلد المتعاقدين ، كمن يستأجر عشة برأس البر ليصطاف فيها فأجرها قبل الصيف لأن استيفاء العقد لا يكون إلا صيفا ، وإذا لم يؤجرها فإنه الانتفاع بمقصوده . فلو أجر الشهر الثانى لمستأجر الشهر الأول أو السنة الثانية لمستأجر السنة الأولى قبل انقضائها جاز فى الأصح لاتصال المدتين مع اتحاد المستأجر ، كما لو أجر منه السنتين فى عقد ، ولا نظر إلى احتمال انفساخ العقد الأول لأن الأصل عدمه ؛ فإن وجد ذلك لم يقدح فى الثانى .

فـــرع . فى جواز الوارث ما أجره الميت من المستأجر تردد . أفاد شمس الدين الرملى أن الأقرب منه الجواز لأنه نائبه .

وقال الزركشى :إنه الظاهر ، وهذا اذا لم يحصل فصل بين السنين ، والا فلا يصح ،وهذا يشمل الطلق والوقف ، نعم لو شرط الواقف أن لا يؤجر الوقف أكثر من ثلاث سنين فأجره الناظر ثلاثا فى عقد وثلاثاً فى عقد آخر قبل مضى المدة فالمعتمد كما أفتى به ابن الصلاح ووافقه السبكى والأذرعى وغيرهما عدم صحة العقد الثانى وإن قلنا بصحة إجارة الزمان القابل من المستأجر اتباعا لشرط الواقف ، لأن المدتين المتصلتين فى العقدين فى معنى العقد الواحد وهذا بعينه يقتضى المنع فى هذه الصورة لوقوعه زائدا على

ما شرطه الواقف وان خالفه ابن الاستاذ وقال : ينبغى أن يصح نظراً إلى ظاهر اللفظ .

فـــرع مذهبنا أنه لا يصح إجارة المسلم للجهاد فى سبيل الله لحرب أعداء الدين ؛ لأن الجهاد فرض عليه مادام مستطيعا ؛ ولأنه إذا حضر الصف تعين عليه القتال فريضة . ويصح للامام أن يستأجر غـير المسلمين لقتـال المسلمين من الكفار . ولا يصح استئجار المسلم لعبادة تحتاج الى نية إلا الحج وتفرقة الزكاة أو تعليم قرآن ؛ وتصح الاجارة لتجهيز ميت ودفنـه ، وتصح الاجارة للصوم عن الميت ؛ وتصح لذبح الهدى والأضاحى ونحوها ويصح الاستئجار لشعار غير فرض كالاذان .

قال الشربينى فى المغنى : ولا يصح الاستئجار للامامة ولو نافلة كالتراويح لأن فائدتها من تحصيل فضيلة الجماعة لا تحصل للمستأجر بل للأجـير ، ويصح استئجار بيت ليتخذه مصلى ، وصورته كما قال صاحب الانتصار أن يستأجره للصلاة ؛ أما إذا استأجره ليجعله مسجداً فلا يصـح بلا خلاف ، ولا يصح الاستئجار لزيارة قبر النبى صلىالله عليه وسلم قال الرملى وغيره : فزيارة قبر غيره أولى . هكذا أفاده الخطيب الشربينى وشمس الدين الرملى والشبراملسى فى شروحهم لمنهاج النووى ، وعزا الرملى إلى الماوردى هذا ووافقه عليه . والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل فان اكرى ظهراً من رجلين يتعاقبان عليه او اكترى من رجـل عقبة ليركب فى بعض الطريق دون بعض جاز . وقال المزنى : لا يجوز اكتراء العقبة الا مضمونا لأنه يتاخر حق احدهما عن العقد فلم يجز ، كما لو اكراه ظهرا فى مدة تتاخر عن العقـد ، والمذهب الأول ، لأن استـحقاق الاسـتيفاء مقارن للعقد ، وانما يتاخر فى القسمة ، وذلك لا يمنع صحة العقد ، كما لو باع من رجلين صبرةفانهيصح،وان تاخر حق احدهما عند القسمة فان كان ذلك فى طريق فيه عادة فى الركوب والنزول ، جاز عليه العقد مطلقا ، وحملا فى الركوب والنزول على العادة ، لأنه معلوم بالعادة ، فحمل الاطلاق عليه كالنقد المعروف فى البيع ، وان لم يكن فيه عادة لم يصح ، حتى يبين مقدار ما يركب كل واحد

منهما . لأنه غير معلوم بالعادة ، فوجب بيانه كالثمن فى موضع لا نقد فيه ، فان اختلفا فى البادىء فى الركوب أقرع بينهما ، فمن خرجت عليه القرعة قدم لأنهما تساويا فى الملك فقدم بالقرعة) .

الشرح التعاقب التناوب ، فينزل هذا نوبة وهذا نوبة . وفى الحديث « يتعاقبون فيكم ملائكة بالليل وملائكة بالنهار » والعقب بضم العين جمع عقبة ، أى نوبة .

قال الشافعى رضى الله عنه : فان تكارى منه لعبده عقبة فأراد أن يركب الليل دون النهار بالأميال ، أو النهار دون الليل ، أو أراد ذلك به الجمال فليس ذلك لواحد منهما ، ويركب على مايعرف الناس العقبة ، ثم ينزل فيمشى بقدر ما يركب ، ثم يركب بقدر مامشى ، ولا يتابع المشى فيفدحه ولا الركوب فيضر بالبعير ا هـ . ويفهم من كلامه أن المقصد من عقد الاجارة تحقيق المنفعة للمستأجر وعدم المضارة بالبهيم لحرمته

قال النووى رضى الله عنه « ويجوز كراء عقب فى الأصح » وبيان ذلك أن يؤجر دابة رجلا ليركبها بعض الطريق ويمشى بعضها أو يركبه المالك تناوبا ، أو يقول أجرتك نصفها لمكان كذا أو كلها لتركبها نصف الطريق فيصح كبيع المشاع ، ويبين البعضين فى الصورتين كنصف أو ربع مالم يكن ثم عادة معروفة مضبوطة بالزمن أو المسافة ثم يقتسمان بالتراضى ، فاذا تنازعا أيهما يبدأ أقرع بينهما ، لأنهما يملكان المنفعة معاً . ويغتفر التأخير الواقع لضرورة القسمة .

نعم شروط الصحة فى الأول تقدم ركوب المستأجر ، وإلا بطلت لتعلقها حينئذ من مستقبل ، ومقابل الأصح فى قول النووى أوجه أصحها المنع لأنها إجارة أزمان متقطعة وفى الروضة أنه ليس لأحدهما أن يطلب المشى ثلاثا والركوب ثلاثاً للمشقة . ا هـ .

فــرع اذا استأجر سيارة أجرة ليركبها ذات حاسب (عــداد) وأركب السائق فى الطريق راكباً آخر جاز للاول أن يمنعه وجاز له أن يأذن

له لأن هذا حقه والسيارة مستأجرة لحقه والحاسب يعمل لقيد ما عليه فإذا أذن للراكب الآخر أن يركب جاز له أن ينقص من كتب الحاسب بقدر ما استفاد الراكب الآخر فإذا منح السائق قدراً زائدا على كتب الحاسب كان متبرعا بذلك ولا يجب عليه ؛ وإذنه للراكب الآخر لندرة السيارات وللمعونة والرفق .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصـــل) وما عقد من الاجارة على مدة لا يجوز فيه شرط الخيار ؛ لأن الخيار يمنع من التصرف ، فان حسب ذلك على المكرى زدنا عليه المدة ، وان حب على المكترى نقصنا من المدة وهل يثبت فيه خيار المجلس ؟ فيـــه وجهان :

(احدهما) لا يثبت لما ذكرناه من النقصان والزيادة فى خيار الشرط .

(والثانى) يثبت لانه قدر يسير ، ولكل واحد منهما اسقاطه ، وان كانت الاجارة على عمل معين ففيه ثلاثة اوجه :

(احدها) لا يثبت فيه الخياران ، لانه عقد على غرر فلا يضاف اليه غرر الخيار .

(والثانى) يثبت فيه الخياران ، لأن المنفعة المعينة كالعين المعينة فى البيع، ثم العين المعينة يثبت فيها الخياران فكذلك المنفعة .

(والثالث) يثبت فيه خيار المجلس دون خيار الشرط ، لانه عقد على منتظر فيثبت فيه خيار المجلس دون خيار الشرط كالسلم .

وان كانت الاجارة على منفعة فى الذمة فيه وجهان :

(احدهما) لا يثبت فيه الخياران لانه عقد على غرر فلا يضاف اليه غرر الخيار .

(والثانى) يثبت فيه خيار المجلس دون خيار الشرط ، لأن الاجارة فى الذمة كالسلم ، وفى السلم يثبت خيار المجلس دون خيار الشرط ، فكذلك الاجارة .

فصـــل واذا تم العقد لزم ، ولم يملك واحد منهما أن ينفرد بفسـخه من غير عيب ، لأن الاجارة كالبيع ، ثم البيع اذا تم لزم فكذلك الاجارة وبالله التوفيق) .

الشرح مذهبنا أنه لا خيار بعد لزوم العقد وقال أبو حنيفة : يجوز للمستأجر فسخ الإجارة بالأعذار الظاهرة مع السلامة من العيوب ، ولا يجوز للمؤجر أن يفسخ بالأعذار ، مثل أن يستأجر دارا ليسكنها ثم يريد النقلة عن البلد أو يستأجر حرزا لمتاعه ثم يريد بيعه أو يستأجر من يطحن له برا ثم يريد بذره . إلى ما أشبه ذلك من الأعذار ، فيجعل له بها فسخ الإجارة للعذر . ألا ترى أن من استؤجر لقلع فدانين من الحطب جاز للمستأجر فسخ الإجارة للعذر الطارىء ولم يجبر على قلع فدانيه . كذا كل عذر .

ودليلنا على أبي حنيفة قوله تعالى : « يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود » فكان عموم هذا الأمر يوجب الوفاء بكل عقد ما لم يقم دليل بتخصيصه ، ولأن كل عقد لزم العاقدين مع سلامة الأحوال لزمهما ما لم يحدث بالعوضين نقص كالبيع ، ولأن كل عقد لزم العاقد عند ارتفاع العذر لم يحدث له خيار بحدوث عذر كالزوج . ولأن كل سبب لا يملك المؤجر الفسخ لم يملك المستأجر به الفسخ كالأجرة لا يكون حدوث الزيادة فيها موجباً لفسخ المؤجر كما لم يكن حدوث النقصان فيها موجباً لفسخ المستأجر ؛ لأن نقصانها فى حق المستأجر كزيادتها فى حق المؤجر ولأنه عقد إجارة فلم يجز فسخه بعذر كالمؤجر ، ولأن للعقود نوعين ، لازمة فلا يجوز فسخها بعذر كالبيع ، وغير لازمة فيجوز فسخها بغير عذر كالقراض .

فلما لم يكن عقد الإجارة ملحقاً بغير اللازم فى جواز فسخه بغير عذر وجب أن يكون ملحقاً باللازم فى إبطال فسخه بعذر .

فأما الجواب عن قياسه على الوكالة فهو أن الوكالة غير لازمة يجوز فسخها بعذر وغير عذر ، وليس كذلك الإجارة ، وأما استدلاله بأن للأعذار تأثيراً فى عقود الإجارات كالضرس المستأجر على قلعه إذا برىء ، فالجواب عنه هو أن من ملك منفعة بعقد إجارة فقد استحقها ، وليس يجب عليه استيفاؤها ، ألا ترى أن من استأجر سكنى دار فله أن يسكنها ، ولا يجبر علو سكناها ، فإن مكن من سكناها فلم يسكن فعليه الأجرة .

هذا أصل مقرر فى الإجارة ؛ وإذا كان كذلك ـ فإن كان الضرس على

حال مرضه وألمه ـ فقلعه مباح ؛ وللمستأجر أن يأخذ الأجير بقلعه إن شاء ، فإن أبى المستأجر أن يقلعه مع ألمه لم يجبر عليه ؛ وقيل له : قد بذل لك الأجير القلع وأنت ممتنع ؛ فإذا مضت مدة يمكن فيها قلعه فقد استحق أجرته كما لو مضت مدة السكنى ، وإن برىء الضرس فى الحال قبل إمكان القلع بطلت الإجارة ، لأن قلعه قد حرم ، وعقد الإجارة إنما يتناول مباحاً لا محظورا ؛ فصار محل العمل معدوما ؛ فلذلك بطلت الإجارة كما لو استأجر لخياطة ثوب فتلف ؛ إذ لا فرق بين تعذر العمل بالتلف وبين تعذره بالحظر .

فإذا تقرر أن عقد الإجارة من العقود اللازمة ، وأن فسخه بالعذر غير جائز فلا يجوز اشتراط الثلاث فيه ، وقال أبو حنيفة : يجوز اشتراط الخيار فيه كما يجوز فى البيع لأنهما معاً من عقود المعاوضات

ودليلنا : هو أن ما لزم من عقود المنافع لم يصح اشتراط الخيار فيه كالنكاح ولأن اشتراط الثلاثة يتضمن إتلاف بعض المعقود عليه فيما ليس متابعا للمفقود عليه مع بقاء العقد فى جميعه فلم يصح ، كما لو شرط فى ابتياع جوادين أنه إن تلف أحدهما فى يد البائع لم يبطل البيع . ولأن المعقود إذا لم يبق جميعه فى مدة الخيار لم يصح اشتراط الخيار قياسا على بيع الطعام الرطب

فإذا صح أن خيار الشرط لا يدخله فقد اختلف أصحابنا هل يدخله خيار المجلس أم لا ؟ على وجهين :

(أحدهما) يدخله كالبيع لكونهما عقدى معاوضة . فعلى هذا إن أخرها المؤجر من غير المستأجر فى خيار المجلس صحت الإجارة الثانية وكان ذلك فسخا للإجارة الأولى . هكذا أفاده الماوردى .

وقال بعض أصحابنا : تفسخ الإجارة الأولى ، ولا تصح الإجارة الثانية، لتقدم الفسخ لأنه لا يصير العمل الواحد فسخا وعقدا لتنافيهما . ولهذا القول وجه فإن كان المذهب هو أن استقرار العقد الثانى يوجب فسخ العقد

الأول بالتأهب للثانى . فعلى هذا الوجه لو أخره المستأجر كانت إجارته باطلة سواء قبضه أو لم يقبضه . لأن خيار المؤجر يمنع من إمضاء المستأجر لهم وعلى هذا الوجه لو افترقا عن تراض لم يكن للمستأجر أن يؤجر قبل قبضه كما ليس للمشترى بيع ما لم يقبضه .

(والوجه الثانى) أن خيار المجلس لا يدخله ؛ ويصير العقد بالبذل والقبول لازما ؛ لأن خيار المجلس يفوت بعض المدة فأشبه خيار الشرط . فعلى هذا لو أجره المؤجر قبل الافتراق أو بعده لم يجز . ولو آجره المستأجر ــ فإن كان بعد القبض ــ جاز . وإن كان قبله ، فعلى وجهين

(أحدهما) يجوز لمقارنته البيع فى الخيار ففارقه فى القبض .

(والوجه الثانى) لا يجوز لكون المنفعة مضمونة على المستأجر فأشبه ضمان المبيع على البائع وان فارق البيع فى حكم الخيار وهذان الوجهان فى إجارة ما لم يقبض مبنى على اختلاف أصحابنا فى عقد الإجارة هل تناول الدار المؤاجرة لاستيفاء المنفعة منها أو تناول المنفعة ؟ فقال أبو إسحاق المروزى : عقد الإجارة إنما تناول الدار الموجودة ، لأن المنافع غير مخلوقة فعلى هذا يمنع من إجارتها قبل القبض كما يمنع من البيع .

(والوجه الثانى) وهو الأكثر من أصحابنا أن العقد إنما تناول المنفعة دون الرقبة لأن العوض فى مقابلتها ، ولا يصح أن يتوجه العقد إلى ما لم يقابله العوض وتصير المنافع بتسليم الرقبة مقبوضة حكما ، وإن لم يكن القبض مستقراً إلا بمضى المدة ، فعلى هذا تجوز إجارتها قبل قبضها .

وقال النووى : لا تنفسخ الإجارة بعذر كتعذر وقود حمام وسفر ومرض مستأجر دابة لسفر ، ولو استأجر أرضا لزراعة فزرع فهلك الزرع بجائحة فليس له الفسخ ، ولا حط شىء من الأجرة ، وتنفسخ بموت الدابة والأجير المعينين فى المستقبل لا الماضى فى الأظهر ، والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

باب ما يلزم المتكاريين وما يجوز لهما

يجب على المكرى ما يحتاج اليه المكترى للتمكين من الانتفاع كمفتاح الدار وزمام الجمل والبرة التى فى أنفه والحزام والقنب والسرج واللجام للفرس ، لأن التمكين عليه ، ولا يحصل التمكين الا بذلك ، فان تلف شيء منه فى يد المكترى لم يضمنه كما لا يضمن العين المستأجرة وعلى المكرى بدله لأن التمكين مستحق عليه الى أن يستوفى المستأجر المنفعة وما يحتاج اليه لكمال الانتفاع ، كالدلو والحبل والمحمل والغطاء فهو على المكترى ، لأن ذلك يراد لكمال الانتفاع، واختلف أصحابنا فيما يشد به أحد المحملين الى الآخر ، فمنهم من قال : هو على المكرى لأنه من آلة التمكين ، فكان على المكرى ، ومنهم من قال : هو المكترى لأنه بمنزلة تأليف المحمل وضم بعضه الى بعض) .

الشرح قوله (برة) محدوفة اللازم وهى حلقة تجعل فى أنف البعير تكون من النحاس ونحوه ، وأبريت البعير جعلت له برة ، وقوله (القماش) وهو ما على وجه الأرض من فتات الأشياء ، حتى يقال لرذالة الناس قماش ، وما أعطانى إلا قماشاً ، أى أردأ ما وجده (أفاده فى القاموس) .

وقوله فى ترجمة الباب (ما يلزم المتكاريين) ما يتعين لدفع الخيار ، فعلى المكرى تسليم مفتاح ضبة الدار إلى المكترى لتوقف الانتفاع عليه وهو أمانة بيده . فإن تلف ولو بتقصير فعلى المكرى تجديده ، فان امتنع لم يجبر ولم يأثم وينبنى على ذلك سؤال : هل تصح إجارة دار لا باب لها ؟ ففى هذه الصورة نظر ، وقد تتوجه الصحة إن أمكن الانتفاع بها بلا باب كأن أمكن التسلق من الجدار ، وعلى القول بالصحة هل يثبت الخيار للجاهل كأن رآها قبل سد بابها ثم استأجرها اعتماداً على الرؤية السابقة ؟ قلنا : يثبت له الخيار وجها واحداً .

فأما القفل فلا يجب تسليمه فضلا عن مفتاحه لأنه مقفول وليس بتابع كما أن عليه ــ مبنيا على أصل المذهب ــ إضاءة المدخل واستكمال المرافق الصحية ، فان لم يفعل لم يجبر ، وكان المكترى بالخيار ، والمستأجر عليه كنس السلم والفناء لأنذلك ميسور له .

فــرع على المكرى إبدال خشبه إن كسر وتبليط الحمام ومجرى الماء لأنه بذلك يتمكن من الانتفاع ، وتركيب الأبواب ـ إذا قلنا : لا ينتفع بدونها ـ وما كان لاستيفاء المنافع كالحبل والدلو والبكرة فعلى المكترى : وأما التحسين والتزويق فلا يلزم واحداً منهما لأن الانتفاع ممكن بدونه ـ وبكل ماقلنا قال أحمد وأصحابه إلا أنهم قالوا : إذا فرط المكترى فان عليه الضمان .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصــــل وعلى المكرى اشالة المحمل وحطه وسوق الظهر وقوده ، لأن العادة انه يتولاه المكرى فحمل العقد عليه ، وعليه أن ينزل الراكب للطهــــارة وصلاة الفرض لأنه لا يمكن ذلك على الظهر ، ولا يجب ذلك للأكل وصلاة النفل، لأنه يمكن فعله على الظهر ؛ وعليه ان يبرك الجمل للمراة والمريض والشـــيخ الضعيف ، لأن ذلك من مقتضى التمكين من الانتفاع ، فكان عليه .

فاما أجرة الدليل فينظر فيه ـ فان كانت الاجارة على تحصيل الراكب ـ فهو على المكرى ؛ لأن ذلك من مؤن التحصيل ؛ وان كانت الاجارة على ظهـــر بعينه فهو على المكترى ، لأن الذى يجب على المكرى تسليم الظهر وقد فعــل ، وعلى المكرى تسليم الدار فارغة الحش ، لأنه من المقتضى التمكين ، فان امتلأ فى يد المكترى ففى كسحه وجهان :

(احدهما) انه على المكرى ، لأنه من مقتضى التمكين فكان عليه .

(والثانى) انه على المكترى لأنه حصل بفعله ، فكان تنقيته عليه كتنظيف الدار من القماش وعلى المكرى اصلاح ما تهدم من الدار ، وابدال ما تكسر من الخشب ، لأن ذلك من مقتضى التمكين فكان عليه .

واختلف اصحابنا فى المستاجرة على الرضاع ، هل يلزمها الحضانة وغسل الخرق ؟ فمنهم من قال : يلزمها لأن الحضانة تابعة للرضاع ، فاستحقت بالعقد على الرضاع ، ومنهم من قال : لا يلزمها لأنهما منفعتان مقصودتان تنفـــرد احداهما عن الأخرى ، فلا تلزم بالعقد على احداهما الأخرى ، وعليها أن تأكل وتشرب ما يدر به اللبن ويصلح به ، وللمستاجر ان يطالبها بذلك ، لأنه مـن مقتضى التمكين من الرضاع ، وفى تركه اضرار بالصبى .

(فصــــل) وعلى المكرى علف الظهر وســــقيه ، لأن ذلك من مقتضى التمكين فكان عليه ، فان هرب الجمال وترك الجمال ، فللمستاجر أن يرفــع

الامر الى الحاكم ليحكم فى مال الجمال بالعلف ، لان ذلك مستحق عليه ، فجاز ان يتوصل بالحكم اليه . فان انفق المستاجر ولم يستأذن الحاكم ، لم يرجع لانه متطوع ، وان رفع الأمر الى الحاكم ولم يكن للجمال مال اقترض عليه ، فان اقترض من المستاجر وقبضه منه ثم دفعه اليه لينفق جاز ، وان لم يقبض منه ولكنه اذن له فى الانفاق عليها قرضاً على الجمال ففيه قولان :

(احدهما) لا يجوز لانه اذا انفق احتجنا ان يقبل قوله فى استحقاق حق له على غيره .

(والثانى) يجوز لانه موضع ضرورة ، لانه لابد للجمال من علف ، وليس ههنا من ينفق غيره ؛ فان اذن له وانفق ثم اختلفا فى قدر ما انفق ــ فان كان ما يدعيه زيادة على المعروف ــ لم يلتفت اليه ، لانه ان كان كاذباً فلا حق له ، وان كان صادقا فهو متطوع بالزيادة فلم تصح الدعوى ، وان كان ما يدعيه هو المعروف فالقول قوله لانه مؤتمن فى الانفاق فقبل قوله فيه ، فان لم يكن حاكم فانفق ولم يشهد لم يرجع لانه متطوع ، وان اشهد فهل يرجع ؟ فيه وجهان :

(احدهما) لا يرجع لانه يثبت حقا لنفسه على غيره من غير اذن ولا حاكم .

(والثانى) يرجع لانه حق على غائب تعذر استيفاؤه منه فجاز ان يتوصل اليه بنفسه ، كما لو كان له على رجل دين لا يقدر على اخذه منه ــ فان لم يجد من يشهد ــ انفق ، وفى الرجوع وجهان :

(احدهما) لا يرجع ، لما ذكرناه فيه اذا اشهد .

(والثانى) يرجع ، لان ترك الجمال مع العلم انه لابد لها من العلف اذن فى الانفاق) .

الشرح . قال الشافعى رضى الله عنه فى كراء الإبل والدواب من الأم : وعلى المكرى أن يركب المرأة البعير باركاً وتنزل عنه باركا ، لأن ذلك ركوب النساء ، أما الرجال فيركبون على الأغلب من ركوب الناس ، وعليه أن ينزله للصلوات وينتظر حتى يصليها غير معجل له ولما لابد له منه كالوضوء وليس عليه أن ينتظره لغير ما لابد له منه . قال : وليس للجمال إذا كانت القرى هى المنازل أن يتعداها إن أراد الكلأ ، ولا للمكترى إذا أراد عزلة الناس ، وكذلك إن اختلفا فى الساعة التى يسيران فيها ، فإن أراد الجمال أو المكترى ذلك فى حر شديد نظر إلى مسير الناس بقدر المرحلة التى يريدان .

وقال الشافعي رضى الله عنه : وعلف الدواب والإبل على الجمال أو مالك الدواب ، فإن تغيب واحد منهما فعلف المكترى فهو متطوع إلا أن يرفع ذلك إلى السلطان ، وينبغى للسلطان أن يوكل رجلا من أهل الرفقة بأن يعلف ويحسب ذلك على رب الدابة والإبل وإن ضاق ذلك فلم يوجد أحد غير الراكب فإن قال قائل : يأمر الراكب أن يعلف لأن من حقه الركوب والركوب لا يصح إلا بعلف ويحسب ذلك على صاحب الدابة ، وهذا موضع ضرورة ، ولا يوجد فيه إلا هذا ، لأنه لابد من العلف وإلا تلفت الدابة ولم يستوف المكترى الركوب كان مذهباً .

ثم قال الشافعي رضى الله عنه : وفى هذا أن المكترى يكون أمين نفسه ، وأن رب الدابة إن قال : لم يعلفها إلا بكذا ، وقال الأمين : علفتها بكذا لأكثر ، فإن قبل قول رب الدابة فى ماله سقط كثير من حق العالف ، وإن قبل قول المكترى العالف كان القول قوله فيما يلزم غيره ، وإن نظر إلى علف مثلها فصدق به فيه فقد خرج مالك الدابة والمكترى من أن يكون القول قولهما ، وقد ترد أشباه من هذا فى الفقه فيذهب بعض أصحابنا إلى أن لا قياس ، وأن القياس ضعيف ، وقد ذكر فى غير هذا الموضع ، ويقولون : يقضى بين الناس بأقرب الأمور فى العدل فيما يراه إذا لم يجد فيه متقدماً من حكم يتبعه .

قال الشافعي رضى الله عنه : فيعيب هذا المذهب بعض الناس من كره الرأى فإن جاز أن يحكم فيه بما يكون عدلا عند الناس فيما يرى الحاكم فهو مذهب أصحابنا فى بعض أقاويلهم وإن لم يجز فقد يترك أهل القياس القياس ، والله تعالى أعلم .

فـــرع إذا استأجر داراً فانطمت آبارها وامتلأت حشوشها فالذى عليه أصحابنا أن تنقية ذلك وتنظيفه على المؤجر دون المستأجر من غير تفصيل لما عليه من حقوق التمكين . قال الماوردى : والذى عندى وأراه مذهباً أن تنقية ما انطم من آبارها على المؤجر وتنقيــة ما امتلأ من حشـــوشها على المستأجر ، لأن امتلاء الحشوش من فعله فصار كتحويل القماش وليس كذلك

انطمام الآبار ، فلو امتنع المستأجر من تنقية الحشوش أجبر عليه ، ولو امتنع المؤجر عما يلزمه من الآبار لم يجبر عليه ، وكان المستأجر بالخيار ، والله أعلم بالصواب .

فرع مما أدخلته مقتضيات التمدين فى هذا العصر بناء البيوت الشاهقة والطباق المتسامقة وقد أوجب نظام الترخيص بالبناء أن كل دار تزيد طباقها على خمسة أن ينشىء مالك الدار مصعداً كهربيا وعليه أن يدخل فى كل بيت (شقة) مياهها ووصلات إضاءتها وعلى المكترى بذل ثمن مااستهلك من قدر الماء والنور ، وهما على ما شرطا فى العقد .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) واختلف اصحابنا فى رد المستاجر بعد انقضاء الاجارة ، فمنهم من قال : لا يلزمه قبل المطالبة لانه امانة فلا يلزمه ردها قبل الطلب كالوديعة ، ومنهم من قال : يلزمه لانه بعد انقضاء الاجارة غير ماذون له فى امساكها ، فلزمه الرد كالعارية المؤقتة بعد انقضاء وقتها ، فان قلنا : لا يلزمه الرد لم يلزمه مؤنة الرد كالوديعة ، وان قلنا : يلزمه لزمه مؤنة الرد كالعارية .

فصل وللمستاجر ان يستوفى مثل المنفعة المعقود عليها بالمعروف ، لان اطلاق العقد يقتضى المتعارف ، والمتعارف كالمشروط ، فان استاجر داراً للسكنى جاز ان يطرح فيها المتاع ، لان ذلك متعارف فى السكنى ، ولا يجوز ان يربط فيها الدواب ، ولا يقصر فيها الثياب ولا يطرح فى اصول حيطانها الرماد والتراب ، لان ذلك غير متعارف فى السكنى ، وهل يجوز ان يطرح فيها ما يسرع اليه الفساد ؟ فيه وجهان :

(احدهما) لا يجوز لان الفار ينقب الحيطان للوصول الى ذلك .

(والثانى) يجوز ، وهو الأظهر ؛ لان طرح ما يسرع اليه الفساد من الطاهر الماكول متعارف فى سكنى الدار ، فلم يجز المنع منه ، وان اكترى قميصاً للبس لم يجز ان ينام فيه بالليل ، ويجوز بالنهار ، لان العرف ان يخلع لنوم الليل دون نوم النهار .

وان استاجر ظهراً للركوب ركب عليه لا مستلقياً ولا منكباً ، لأن ذلك هو المتعارف ، وان كان فى طريق العادة فيه السير فى احد الزمانين من ليل او نهار، لم يسر فى الزمان الآخر لان ذلك هو المتعارف ، وان اكترى ظهراً فى طريق العادة فيه النزول للرواح ، ففيه وجهان :

(احدهما) يلزمه النزول لأنه متعارف ، والمتعارف كالمشروط .

(والثاني) لا يلزمه ، لأنه عقد على الركوب في جميع الطريق ، فلا يلزمه تركه في بعضه . فان اكترى ظهراً الى مكة لم يجز ان يحج عليه ، لأن ذلك زيادة على المعقود عليه ، وان اكتراه للحج عليه ، فله ان يركبه الى منى ثم الى عرفة ثم الى المزدلفة ثم الى منى ثم الى مكة ، وهل يجوز ان يركبه من مكة عائداً الى منى للمبيت والرمي ؟ فيه وجهان :

(احدهما) له ذلك لأنه من تمام الحج .

(والثاني) ليس له ، لأنه قد حل لحج) .

الشرح قد عرفنا مما سبق الشواهد والأدلة والنصوص أن عقد الإجارة يصح على العين مدة تبقى بصفاتها غالباً لإمكان استيفاء المعقود عليه كسنة أو عشر سنين أو ثلاثين سنة على ما يليق بكل عين مستأجرة .

قال البغوي : إلا أن الحكام اصطلحوا على أن لا يؤجروا الوقف أكثر من ثلاث سنين لئلا يندرس الوقف . قال السبكي : ولعل سببه أن إجارة الوقف تحتاج إلى أن تكون بالقيمة وتقويم المدة المستقبلة البعيدة صعب . وللمستأجر في إجارة العين أن ينتفع بها من أول العقد ويده عليها يد أمانة فيأتي فيما مر في الوديع مدة الإجارة إن قدرت بزمن ، أو مدة إمكان استيفاء المنفعة إن قدرت بمحل عمل لعدم إمكان الاستيفاء للمنفعة بدون وضع يده ، وبه فارق كون يده يد ضمان على طرف مبيع قبضه فيه لتمحض قبضه لغرض نفسه ، ويجوز السفر للمكترى بالعين المكتراة عند انتفاء الخطر لملكه المنفعة فجاز له استيفاؤها حيث شاء وظاهره عدم الفرق بين إجارة العين والذمة وهو ظاهر ، والذمة وهو محتمل ، نعم سفره بها كسفر الوديع فيما يظهر أخذاً مما مر في الوديعة .

ووجه ما قررنا أنه عقد لا يقتضى الضمان لأن العين أمانة في يد المستأجر إن تلفت بغير تفريط لم يضمنها ، وسئل أحمد بن حنبل عن المظل والخيمة إلى مكة فتذهب من المكترى بسرق أو ذهاب هل يضمن ؟ قال : أرجو أن لا يضمن ، وكيف يضمن ؟ إذا ذهب لا يضمن . ا هـ

فإذا انقضت المدة فعليه رفع يده ، وليس عليه الرد في قول ، غير أن عليه أن يتوقف عن الانتفاع ، وفارق العارية فإنه عليه أن يردها من حيث أخذها ،

ووجهه أنه عقد لا يقتضي الضمان فلا يقتضي رده ومؤنته كالوديعة وفارق العارية فإن ضمانها يجب فكذلك ردها وعلى هذا متى انقضت المدة كانت العين فى يده أمانة كالوديعة ؛ إن تلفت من غير تفريط فلا ضمان عليه .

والقول الآخر : يضمن إذا انتهت مدة الإجارة لأنه بعد انقضاء الإجارة غير مأذون له فى إمساكها أشبه العارية المؤقتة بعد وقتها ، فإن ضمن المؤجر على المستأجر ضمان العين فالشرط فاسد لأنه ينافى مقتضى العقد ، وهل تفسد الإجارة به ؟ فيه وجهان بناء على الشروط الفاسدة فى البيع .

وروى عن ابن عمر أنه قال (لا يصلح الكرّاء بالضمان) وعن فقهاء المدينة أنهم كانوا يقولون : لا نكترى بضمان ، إلا أنه من شرط على كراء أنه لا ينزل متاعه بطن واد أو لا يسير به ليلا مع أشباه هذه الشروط فتعدى ذلك فتلف شيء مما حمل فى ذلك التعدى فهو ضامن ، فأما غير ذلك فلا يصح شرط الضمان فيه ؛ وإن شرطه لم يصح الشرط لأن ما لا يجب ضمانه لا يصير بالشرط مضموناً وما يجب ضمانه لا ينتفى ضمانه بشرط نفيه .

فـــرع إذا أكراه عينا وشرط عليه أن لا يسير بها فى الليل أو وقت القائلة أو لا يتأخر بها عن القافلة أو لا يجعل سيره فى آخرها ؟ أو لا يسلك بها الطريق الفلانية وأشباه هذا مما له فيه غرض فخالف ضمن لأنه متعد لشرط كرائه فضمن ما تلف به ، كما لو شرط عليه أن لا يحمل عليها إلا قفيزاً فحمل قفيزين ، فإذا كانت العين داراً فلا يصح أن يقتنى فيها ما يؤدى إلى المضارة بالبناء إلى الحد الذى جعل بعض الأصحاب يمنع أن يكون فى متاعة بعض المأكولات التى تحدث رائحة تجلب الفيران لما يترتب عليه من إحداث شقوق فى جدار البيت ، وقد رد هذا القول جمهور العلماء بأن المتعارف بين الناس وما تحكم به ضرورات المعيشة أن كل مأكولات الإنسان تغرى الفيران وتجتذبها إليها ولذا فقد عفى فى الأصح عما لا يمكن التحرز منه أو الاستغناء عنه ، ومقتضى أصول المذهب أن كل متعارف هو كالمشروط فلا يلزمه تركه .

فـــرع يشترط فى إجارة الذمة أو العين للركوب بيان قدر السير

كل يوم وكونه ليلا أو نهاراً والنزول فى عامر أو صحراء لتفاوت الأغراض بذلك ، ولو أراد أحدهما مجاوزة المحل المشروط أو نقصاً منه لخوف لحوق ضرر منه ولو كان ظنا جاز دون غيره كما لو استأجر مطية للذهاب والإياب فإنه لا تحسب عليه مدة إقامتها لخوف إلا أن يكون بالطريق منازل مضبوطة بالعادة ، فينزل عليها ، فإن لم تنضبط اشترط بيان المنازل أو التقدير بالزمن وحده ، وإلا امتنع التقدير بالسير به لعدم تعلقه بالاختيار ، وحينئذ يتعذر الاستئجارُ فى طريق مخوفة لا منازل فيها .

فــــرع من اكترى مطية ليحج عليها فله الركوب عليها إلى مكة ومن مكة إلى عرفة والخروج عليها إلى منى لأنه من تمام الحج ، وقيل ليس له الركوب إلى منى لأنه بعد التحلل من الحج ، والأولى له ذلك لأنه فى تمام الحج وتوابعه ، ولذلك وجب على من وجب دون غيره فدخل فى قوله تعالى « ولله على الناس حج البيت من استطاع إليه سبيلا » ومن اكترى إلى مكة فقط فليس له الركوب إلى الحج لأنها زيادة ، ويحتمل أن له ذلك لأن الكراء إلى مكة عبارة عن الكراء إلى الحج لكونها لا يكترى إليها إلا للحج غالباً فكان بمنزلة المكترى للحج ، هذا مذهبنا وبه قال أحمد وأصحابه .

قال الشافعى رضى الله عنه : وإذا تكارى رجل محملا من المدينة إلى مكة فشرط سيراً معلوما فهو أصح ، وإن لم يشترط فالذى أحفظ أن المسير معلوم وأنه المراحل فيلزمان المراحل لأنها الأغلب من سير الناس ، فإن قال قائل . كيف لا يفسد فى هذا الكراء والسير يختلف ؟ قيل : ليس للإفساد ههنا موضع ، فإن قال : فبأى شيء قسته ؟ قيل : بنقد البلد ، البلد له نقد وصنج وغلة مختلفة فيبيع الرجل بالدراهم ولا يشترط نقداً بعينه ، ولا يفسد البيع ، ويكون له الأغلب من نقد البلد وكذلك يلزمهما الغالب من مسير الناس اهـ .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصــــل) فان اكترى ليحمل له ارطالا من الزاد فهل له ان يبدل ما ياكله ؟ فيه قولان :

(احدهما) له ان يبدل ، وهو اختيار المزنى ، كما ان له أن يبدل ما يشرب من الماء .

(والثانى) ليس له ان يبدله ، لأن العادة أن الزاد يشترى موضعاً واحداً بخلاف الماء . قال أبو اسحاق : هذا اذا لم تختلف قيمة الزاد فى المنازل ، فاما اذا كانت قيمته تختلف فى المنازل ، جاز له ان يبدله قولا واحداً ، لأن له غرضاً ان لا يشترى موضعاً واحدا .

(فصـــل) وان اكترى ظهرا فله أن يضربه ويكبحه باللجام ، ويركضه بالرجل للاستصلاح ، لما روى جابر قال : « سافرت مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فاشترى منى بعيراً وحملنى عليه الى المدينة ؛ وكان يسوقه وانا راكبه وانه ليضربه بالعصا » ولا يتوصل الى استيفاء المنفعة الا بذلك ، فجاز له فعله .

(فصـــل) وللمستاجر ان يستوفى مثل المنفعة المعقود عليها وما دونها فى الضرر ، ولا يملك ان يستوفى ما فوقها فى الضرر ، فان اكترى ظهراً ليركبه فى طريق فله أن يركبه فى مثله وما دونه فى الخشونة ، ولا يركبه فيما هو أخشن منه ، فان استاجر ارضاً ليزرع فيها الحنطة ، فله أن يزرع مثلها وما دونهـا فى الضرر ولا يزرع ما فوقها ، لأن فى مثلها يستوفى قدر حقه ، وفيما دونها يستوفى بعض حقه ، وفيما فوقها يستوفى أكثر من حقـه ، فان اكترى ظهـراً ليحمل عليه القطن لم يحمل عليه الحديد ، لأنه اضر على الظهر من القطن ، لاجتماعه وثقله ، فان اكتراه للحديد ، لم يحمل عليه القطن ، لأنه أضر من الحديد ، لأنه يتجافى ويقع فيه الريح فيتعب الظهر . فان اكتراه ليركبـــه بسرج لم يجـــز ان يركبـــه عرياً لأن ركـــوبه عرياً اضر ، فان اكتـــراه عرياً لم يركبه بسرج ، لأنه يحمل عليه اكثر مما عقد عليه ، فان اكترى ظهراً ليركبه لم يجز ان يحمل عليه المتاع ، لأن الراكب يعين الظهر بحركته والمتاع لا يعينه ، فان اكتراه لحمل المتاع لم يجـز ان يركبـه ، لأن الراكب اشد على الظهر لأنه يعقد فى موضع واحد ، والمتاع يتفرق على جنبيه ، فان اكتـــرى قميصاً للبس لم يجز أن يتزر به ، لأن الاتزار اضر من اللبس لأنه يعتمد فيه على طاقين ، وفى اللبس يعتمد فيه على طاق واحد ، وهل له ان يرتدى به ؟ فيه وجهان :

(احدهما) يجوز لأنه اخف من اللبس .

(والثانى) لا يجوز لأنه استعمال غير معروف فلا يملكه كالاتزار .

فصـــل وله ان يستوفى المنفعة بنفسه وبغيره ، فان اكترى داراً ليسكنها فله ان يسكنها مثله ، ومن هو دونه فى الضرر ، ولا يسكنها من هو أضر منه ، فان اكترى ظهراً ليركبه ، فله ان يركبه مثله ومن هو اخف منه ، ولا يركبه من هو اثقل منه لما ذكرناه فى الفصل قبله) .

الشرح حديث جابر رواه البخارى ومسلم بلفظ « أنه كان يسير على جمل له قد أعيا فأراد أن يسيبه ؛ قال : ولحقنى النبى صلى الله عليه وسلم فدعا لى وضربه فسار سيرا لم يسر مثله فقال : بعنيه ، فقلت لا ، ثم قال : بعنيه فبعته واستثنيت حملانه إلى أهلى » وفى لفظ لأحمد والبخارى « وشرطت ظهره إلى المدينة » وتمام الحديث فى الصحيحين « فلما بلغت أتيته فنقدنى ثمنه ثم رجعت فأرسل فى أثرى فقال : أترانى ماكستك لآخذ جملك ، خذ جملك ودراهمك فهو لك » .

أما الأحكام ففى هذه الطائفة من الفصول فإنه إذ اكترى دابة فى الذمة فإنه لا خيار فى عقدها إذا وجد بالدابة عيباً ، لأن المعقود عليه فى الذمة بصفة السلامة ، والمعقود عليه هنا غير سليم فإذا لم يرض به رجع إلى ما فى الذمة، ولو عجز عن الإبدال ثبت للمستأجر الخيار ، كما ذكر ذلك الأذرعى ، ويختص المكترى بما تسلمه فله إيجار ، ويمتنع إبدالها بغير رضاه ويتقدم بمنفعتها على جميع الغرماء . فإذا ثبت هذا بالنسبة للدابة فإنه يلزم ثبوته للطعام المحمول ليؤكل فى الطريق إذا لم يتعرض فى العقد لإبداله ولا لعدمه فإنه يبدل إذا أكل فى الأظهر عملا بمقتضى اللفظ لتناوله حمل كذا إلى كذا . وكأنهم قدموه على العادة بأنه لا يبدل . لعدم اطرادها .

(والثانى) لا ، لأن العادة عدم الإبدال للزاد ولو لم يجده فيما بعد محل الفراغ بسعره فيه أبدل جزما .

نعم لو شرط عدم إبداله اتبع الشرط ، ولو شرط قدرا فلم يأكل منه فالظاهر كما قاله السبكى أنه ليس للمؤجر مطالبته بنقص قدر أكله اتباعاً للشرط . ويحتمل أن له ذلك للعرف لأنه لم يصرح بحمل الجميع فى جميع الطريق . قال : وهو الذى إليه نميل . وخرج بعض الفقهاء ما يحمل عما يؤكل ، وما حمل فتلف قبل الوصول فإنه يبدل قطعاً .

قال الشافعى رضى الله عنه : وإن اختلفا فى الرحلة رحل لا مكبوباً ولا مستلقياً ، وإن انكسر المحمل أو الظل أبدل محملا مثله ، أو ظلا مثله وإن اختلفا فى الزاد الذى ينفد بعضه ، فقال صاحب الزاد : أبدله بوزنه فالقياس

أن يبدل له حتى يستوفى الوزن ــ وقال : ولو قال قائل : ليس له أن يبدل من قبل أنه معروف أن الزاد ينقص قليلا ولا يبدل مكانه كان مذهبا والله تعالى أعلم ــ من مذاهب الناس .

فــرع يجوز للمستأجر ضرب الدابة بقدر ما جرت به العادة ، ويكبحها باللجام وحثها على السير بحسب طبيعتها ؛ فان كانت من النوع الذى قال فيه علقمة .

فأدركها ثانيــاً من عنانه　　يمر كمر الرائح المتحلب

فليس له أن يضربها لإدراكها المقصود مع راحة الراكب فى سرعتها وأما إن كانت غير ذلك فعلى حد قول امرىء القيس :

فللساق ألهوب والسوط درة　　وللزجر منه وقع أهوج منعب

إلا أنه لا يجوز أن يكون أهوج منعب ؛ وقد صح أن النبى صلى الله عليه وسلم نخس بعير جابر وضربه ، وكان أبو بكر رضى الله عنه يحرش بعيره بمحجنه . قال الشافعى رضى الله عنه وإذا اكترى الرجل من الرجل الدابة فضربها أو نخسها بلجام أو ركضها فماتت سئل أهل العلم بالركوب . فإن كان فعل من ذلك ما تفعل العامة فلا يكون عندهم فيه خوف تلف أو فعل بالكبح والضرب مثل ما يفعله بمثلها عندما فعله فلا أعد ذلك خرقه ولا شىء عليه ، وإن فعل ذلك عند الحاجة إليه بموضع قد يكون بمثله تلف أو فعله فى الموضع الذى لا يفعل فى مثله ضمن فى كل حال من قبل أن هــذا تعــد . والمستعير هكذا إن كان صاحبه لا يريد أن يضمنه . فإن أراد صاحبه أن يضمنه العارية فهو ضامن تعدى أو لم يتعد .

وأما الرائض فإن من شأن الرواض الذى يعرف به إصلاحهم للدواب الضرب على حملها من السير ، والحمل عليها من الضرب أكثر ما يفعل الركاب غيرهم . فاذا فعل من ذلك ما يكون عند أهل العلم بالرياضة إصلاحا وتأديبا للدابة بلا إعناف بين لم يضمن إن عيت وإن فعل خلاف هذا كان متعديا وضمن والمستعير الدابة هكذا كالمكترى فى ركوبها إذا تعدى ضمن ،

وإذا لم يتعد لم يضمن ثم قال : والذى نأخذ به فى المستعير أنه يضمن تعدى أو لم يتعد ، لحديث النبى صلى الله عليه وسلم « والعارية مضمونة مؤداة » وهو آخر قوله صلى الله عليه وسلم ا هـ .

هذا وقد سئل أحمد رضى الله عنه عن ضرب الصبيان فقال : على قدر ذنوبهم ويتوقى بجهده الضرب . وإذا كان صغيرا لا يعقل فلا يضربه . ومن ضرب من هؤلاء الضرب المأذون فيه لم يضمن ما تلف . وبهذا فى الدابة قال مالك والشافعى وإسحاق وأبو ثور وأبو يوسف ومحمد . وقال الثورى وأبو حنيفة : يضمن لأنه تلف بجنايته فضمنه كغير المستأجر وكذلك قال الشافعى فى المعلم يضرب الصبى لأنه يمكنه تأديبه بغير الضرب .

فـــرع إذا اكترى دابة إلى مسافة فسلك أشق منها فهى مثل مسألة الزرع ولأنه متعد فلرب الدابة منعه من سلوك تلك الطريق .وإن اكترى لحمل القطن فحمل بوزنه حديدا أو حديدا فحمل بوزنه قطناً فالصحيح أن عليه أجر المثل لأن ضرر أحدهما مخالف لضرر الآخر ، فلم يتحقق كون المحمول مشتملا على المستحق بعقد الاجارة وزيادة عليه ، فإذا أكراه لحمل قفيزين فحملها فوجدهما ثلاثة ، فإن كان المكترى تولى الكيل ولم يعلم المكرى بذلك فحكمه حكم من اكترى لحمولة شيء فزاد عليه . فلو اكترى لحمل مائة رطل حنطة فحمل مائة شعيرا أو عكس ذلك لاجتماعهما بسبب ثقلها فى محل واحد ، وهو لخفته يأخذ من ظهر الدابة أكثر ، فضررهما مختلف ، وكذا كل مختلفى الضرر كما قلنا فى الحديد والقطن .

فلو اكترى لعشرة أقفزة شعيرا فحمل عشرة أقفزة حنطة لأنها أثقل دون عكسه بأن اكتراه لحمل عشرة أقفزة حنطة فحمل عشرة أقفزة شعيراً من غير زيادة أصلا فلا ضمان عليه لاتحاد جرمهما باتحاد كيلهما مع كون الشعير أخف ، فلو اكترى لحمل مائة فحمل مائة وعشرة لزمه مع المسمى أجرة المثل للزيادة لتعديه ، وإن تلفت بذلك المحمول أو بسبب آخر ضمنها ضمان يد إن لم يكن صاحبها معها لكونه غاصبا لها بحمل الزيادة .

فإن كان صاحبها معها وتلفت بسبب الحمل دون غيره إذ ضمانها ضمان

جناية لاسيما ومالكها معها ضمن قسط الزيادة فقط لاختصاص يده به ؛ ولهذا لو سخره مع دابته فتلفت لم يضمنها المسخر لتلفها فى يد مالكها ، وفى قول يضمن نصف القيمة توزيعاً على الرءوس . ولو سلم المائة والعشرة إلى المؤجر فحملها جاهلا بالزيادة ؛ كأن قال : له مائة فصدقه ضمن المكترى القسط وأجرة الزيادة على المذهب إذ المكرى لجهله صار كالآلة بتأثير تدليس المكترى .

(والطريق الثانى) أنه على القولين فى تعارض الغرر والمباشرة ، فإن كان عالما كأن وزن المؤجر وحمل ، أو رأى المكترى يكيل ويحصل ؛ أو أعلمه المكترى بحقيقة الكيل فلا أجرة للزيادة لعدم تدليس المستأجر ولا ضمان إن تلفت ، وبهذا قال أحمد وأصحابه ؛ إلا أنهم اختلفوا فى أجر القدر الزائد على العقد على وجهين (أحدهما) لا أجر له كمذهبنا (والثانى) له أجر الزائد لأنهما اتفقا على حمله على سبيل الإجارة فجرى مجرى المعاطاة فى البيع ودخول الحمام من غير تقدير أجرة . قالوا وإن كاله المكرى وحمله المكترى على الدابة عالما بذلك من غير أن يأمره بحمله عليها فعليه أجر القفيز الزائد ، وإن أمره ففى وجوب الأجر وجهان عندهم .

فرع قال النووى (رض) : وللمكترى استيفاء المنفعة بنفسه وبغيره قلت : وينبغى أن يكون غيره أمينا ، فلو شرط المكرى استيفاء المنفعة بنفسه بطل العقد ، لأن المكترى يملك المنفعة فلا ينازعه فيها المكرى ، ومثله كمثل من يشترط على المشترى ألا يبيع ما اشتراه ، فله أن يركب ويسكن من هو مثله فى الضرر اللاحق بالعين ودونه بالأولى . لأن ذلك استيفاء للمنفعة المستحقة من غير زيادة . ولا يسكن حداداً ولا قصارا لما يحدثه القصار من الدق والإزعاج وتأثير الدق فى المبنى والإزعاج للجار .

قال الرملى : إلا إذا قال : لتسكن من شئت كازرع ما شئت ، ونظر فيه الأذرعى فقال : إن مثل ذلك يقصد به التوسعة دون الإذن فى الإضرار ، وقد رد الرملى بأن الأصل خلافه كما لا يجوز إبدال ركوب بحمل ويجوز عكسه، وإن قال أهل الخبرة لا يتفاوت الضرر . وبهذا قال أحمد وأصحاب الرأى .

قال الشافعي مقررا : وهم يزعمون آن رجلا لو تكارى من رجل بيتا لم يكن له أن يعمل فيه رحى ولا قصارة ولا عمل حدادين لأن هذا مضر بالبناء، فإن عمل هذا فانهدم البيت فهو ضامن لقيمة البيت ، وإن سلم البيت فله آجره . ويزعمون أن من تكارى قميصا فليس له آن يأتزر به ، لأن القميص لا يلبس هكذا ، فإن فعل فتخرق ضمن قيمة القميص ، وإن سلم كان له أجره ، ويزعمون أنه لو تكارى قبة لينصبها فنصبها فى شمس أو مطر فقد تعدى لاضرار ذلك بها . فإن عطبت ضمن.وإن سلمت فعليه أجرها مع أشياء من هذا الضرب يكتفى بأقلها حتى يستدل على أنهم قد تركوا ما قالوا ودخلوا فيما عابوا مما مضت به الآثار ، ومما فيه صلاح الناس . ا هـ

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل فان استأجر عينا لمنفعة وشرط عليه ان لا يستوفى مثلها او دونها او لا يستوفيها لمن هو مثله او دونه ، ففيه ثلاثة اوجه :

(احدها) أن الاجارة باطلة لأنه شرط فيها ما ينافى موجبها فبطلت .

(والثانى) ان الاجارة جائزة ، والشرط باطل ؛ لأنه شرط لا يؤثر فى حق المؤجر ، فألغى وبقى العقد على مقتضاه .

(والثالث) ان الاجارة جائزة والشرط لازم ؛ لأن المستأجر يملك المنافع من جهة المؤجر فلا يملك مالم يرض به .

(فصل) وللمستأجر أن يؤجر العين المستأجرة اذا قبضها لأن الأجارة كالبيع ، وبيع المبيع يجوز بعد القبض ، فكذلك اجارة المستاجر ، ويجوز من المؤجر وغيره كما يجوز بيع المبيع من البائع وغيره ، وهل يجوز قبل القبض ؟ فيه ثلاثة اوجه :

(أحدها) لا يجوز كما لا يجوز بيع المبيع قبل القبض .

(والثانى) يجوز لأن المعقود عليه هو المنافع ، والمنافع لا تصير مقبوضة بقبض العين ، فلم يؤثر فيها قبض العين .

(والثالث) انه يجوز اجارتها من المؤجر لانها فى قبضته ، ولا يجوز من غيره لأنها ليست فى قبضته ، ويجوز أن يؤجرها برأس المال وباقل منه وباكثر ، لأنا بينا ان الاجارة بيع وبيع المبيع يجوز برأس المال ، وباقل منه وباكثر منه ، فكذلك الاجارة .

(فصـــل) وان استأجر عيناً لمنفعة فاستوفى اكثر منها ــ فإن كانت زيادة تتميز ــ بأن اكترى ظهراً ليركبه الى مكان فجاوزه او ليحمل عليه عشرة اقفزة فحمل عليه أحد عشر قفيزاً ، لزمه المسمى لما عقد عليه وأجرة المثـــل لما زاد ، لأنه استوفى المعقود عليه فاستقر عليه المسمى ، واستوفى زيادة فلزمه ضمان مثلها ، كما لو اشترى عشرة اقفزة فقبض أحد عشر قفيزاً ، فان كانت الزيادة لا تتميز بأن اكترى ارضا ليزرعها حنطة فزرعها دخناً ــ فقد اختلف اصحابنا فيه ــ فذهب المزنى وابو اسحاق الى ان المسئلة على قولين :

(احدهما) يلزمه اجرة المثل للجميع ، لانه تعدى بالعدول عن المعقود عليه الى غيره ، فلزمه ضمان المثل كما لو اكترى ارضاً للزراعة فزرع أرضا اخرى .

(والثانى) يلزمه المسمى وأجرة المثل للزيادة ، لانه استوفى ما اســتحقه وزيادة ، فاشبه اذا استأجر ظهراً الى موضع فجاوزه ، وذهب القاضى أبو حامد المروروذى الى ان المسئلة على قول واحد ، وان صاحب الأرض بالخيار بين ان ياخذ المسمى واجرة المثل للزيادة ؛ وبين ان ياخذ أجرة المثل للجميع ، لأنه اخذ شبها ممن استأجر ظهراً الى مكان فجاوزه ، وشبها ممن اكترى أرضــاً للزرع فزرع غيرها ، فخير بين الحكمين .

(فصـــل) وان آجره عيناً ثم اراد ان يبدلها بغيرها لم يملك لأن المستحق معين فلم يملك ابداله بغيره كما لو باع عيناً فأراد أن يبدلها بغيرها) .

الشرح إذا اشترط ألا يستوفى فى المنفعة مثلهــا أو ما دونهــا أو اشترط أن لا يستوفيها بمثله أو من دونه ، فعلى ثلاثة أوجه :

(أحدها) أن الإجازة باطلة لاشتراط ما ينافى موجبها وقد عرفنا من الشواهد الماضية أنه لو اشترط أمراً كأن قال : أتكارى منك محملا أو زاملة على المنصوص فى الأم ،فإن هذا الشرط يبطل العقد ، كما لو قال أبيعك أقل من عشرة فما دونها بكذا فان هذا البيع باطل ، لأنه ينافى موجب العقد الذى يوجب ملك المنفعة والتسلط على استيفائها بنفسه وبنائبه ، واستيفاء بعضها بنفسه وبعضها بنائبه ، والشرط ينافى ذلك فكان باطلا .

(والوجه الثانى) أن الإجارة جائزة والشرط باطل لأنه شرط لا يؤثر فى حق المستأجر من استيفاء المنفعة . وفارق البيع . لأن البائع يده هنا على المبيع والمستأجر يده على المنفعة وبهذا قال أحمد . لأن المستأجر يملك المنافع من جهة المؤجر فلا يملك مالم يرض به ..

(والوجه الثالث) صحة الشرط وصحة العقد لأن المستأجر يملك المنفعة من قبل المؤجر فليس للمستأجر أن يتعدى بامتلاك لم يرض به فلزمه الشرط وصحت الإجارة وقد فصلنا ذلك على أصل المذهب ، ونصه فى الأم على ما سيأتى .

فرع يجوز للمستأجر أن يؤجر العين التى استأجرها إذا قبضها ؛ ونص أحمد على ذلك . وهو قول سعيد بن المسيب وابن سيرين ومجاهد وعكرمة وأبى سليمان بن عبد الرحمن والنخعى والشعبى والثورى والشافعى وأصحاب الرأى وذكر القاضى من الحنابلة فيه رواية أخرى أنه لا يجوز ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم نهى عن ربح مالم يضمن ، والمنافع لم تدخل فى ضمانه ولأنه عقد على ما لم يدخل فى ضمانه فلم يجز كبيع المكيل والموزون قبل قبضه ، والأول أصح ، لأن قبض العين قام مقام قبض المنافع بدليل أنه يجوز التصرف فيها فجاز العقد عليها كبيع الثمرة على الشجرة ، وقياس الرواية الأخرى باطل على هذا الأصل .

اذا ثبت هذا فإنه لا تجوز إجارته إلا لمن يقوم مقامه أو دونه فى الضرر لما مضى فأما إجارتها قبل قبضها فلا تجوز من غير المؤجر فى أحد الوجوه الثلاثة عندنا وأحد الوجهين عند الحنابلة ، وهو قول أبى حنيفة ، لأن المنافع مملوكة بعقد معاوضة فاعتبر فى جواز العقد عليها القبض كالأعيان .

(والوجه الثانى) يجوز لأن قبض العين لا ينتقل به الضمان إليه ، فلم يقف جواز التصرف عليه ، فأما إجارتها قبل القبض من المؤجر ــ وهو الوجه الثالث عندنا وهو قول عند الحنابلة ــ فإذا قلنا : لا يجوز من غير المؤجر كان فيه وجهان (أحدهما) لا يجوز لأنه عقد عليها قبل قبضها (والثانى) يجوز لأن القبض لا يتعذر عليه بخلاف الأجنبى ، وأصلهما : بيع الطعام قبل قبضه لا يصح من غير بائعه رواية واحدة ، وهل يصح من بائعه ؟ على روايتين ، فأما إجارتها بعد قبضها من المؤجر فجائزة ، وبهذا قال أحمد والشافعى رضى الله عنه . وقال أبو حنيفة : لا يجوز لأن ذلك يؤدى إلى

تناقض الأحكام ، لأن التسليم مستحق على الكراء ؛ فإذا اكتراها صار مستحقا له فيصير مستحقا لما يستحق عليه ، وهذا تناقض .

دليلنا أن كل عقد جاز مع غير العاقد جاز مع العاقد كالبيع ؛ وما ذكروه لا يصح لأن التسليم قد حصل ؛ وهذا المستحق له تسليم آخر ثم يبطل بالبيع فإنه يستحق عليه تسليم العين فإذا اشتراها استحق تسليمها ؛ فإن قيل : التسليم ههنا مستحق فى جميع المدة بخلاف البيع . قلنا : المستحق تسليم العين وقد حصل ، وليس عليه تسليم آخر غير أن العين من ضمان المؤجر ، فإذا تعذرت المنافع بتلف الدار وغصبها رجع عليه لأنها بسبب كان فى ضمانه.

فرع ويجوز للمستأجر إجارة العين بمثل الأجرة وزيادة ، وهذا قول أحمد والشافعي وأبى ثور وابن المنذر . وروى ذلك عن عطاء والحسن والزهرى . وفى رواية لأحمد . إن أحدث فى العين زيادة جاز له أن يكريها بزيادة ، وإلا لم تجز الزيادة ، فإن فعل تصدق بالزيادة ، وروى هذا عن الشعبى والثورى وأبى حنيفة لأنه يربح فيما لم يضمن .

وعن أحمد رواية ثالثة : إذا أذن له فيها المالك جاز ، وإذا لم يأذن لم يجز ، وكره ابن المسيب وأبو سلمة وابن سيرين ومجاهد وعكرمة والشعبى والنخعى الزيادة مطلقاً لدخولها فيما لم يضمن ، دليلنا أنه عقد يجوز برأس المال فجاز بزيادة كبيع المبيع بعد قبضه .

وأما الحديث فإن المنافع قد دخلت فى ضمانه من وجه ، فإنها لو فاتت من غير استيفائه كانت من ضمانه ، ولا يصح القياس على بيع الطعام قبل قبضه . فإن البيع ممنوع منه بالكلية سواء ربح أو لم يربح ، وههنا جائز فى الجملة . وتعليلهم بأن الربح فى مقابلة عمله ملغى بما إذا كنس الدار ونظفها ، فإن ذلك يزيد فى أجرها فى العادة .

فرع كل عين استأجرها لمنفعة فله أن يستوفى تلك المنفعة وما دونها فى الضرر . هذا ما سبق أن بيناه ، وبه قال أحمد . ولا نعرف فى ذلك مخالفا ، ومتى فعل ما ليس له كان ضامناً ، وقد ضرب المصنف مثلا بالأرض

يستأجرها ليزرعها حنطة فزرعها دخنا . قال الماوردى فى الحاوى الكبير [1] بعد أن أورد قول الشافعى رضى الله عنه فى الأم : ولو اكتراها ليزرعها قمحا فله أن يزرعها ما لا يضر بالأرض إضرار القمح ، وهذا كما قال : إذا استأجر أرضا ليزرعها حنطة فله أن يزرعها الحنطة وغير الحنطة مما يكون ضرره مثل ضرر الحنطة أو أقل ؛ وليس له أن يزرعها ما ضرره أكثر من ضرر الحنطة . وقال داود بن على لا يجوز إذا استأجرها لزرع الحنطة أن يزرعها غير الحنطة ، وإن كان ضرره أقل من ضرر الحنطة استدلالا بقوله تعالى : « أوفوا بالعقود » فلم يجز العدول عما تضمنه العقد قال : ولأنه لما لم يجز إذا اشترى بدراهم بأعيانها أن يدفع غيرها من الدراهم وإن كانت مثلها لما فيه من العدول عما اقتضاه العقد ، كذلك فى إجارة الأرض لزرع الحنطة لا يجوز أن يعدل فيها عن زرع الحنطة .

ودليلنا أن ذكر الحنطة فى إجارة الأرض انما هو لتقدير المنفعة به لا لتعيين استيفائه ، ألا تراه لو تسلم الأرض ولم يزرعها لزمته الأجرة ، فإذا ثبت أن ذكر الحنطة لتقدير المنفعة فهو إذا استوفى المنفعة فقدرت به فى العقد وبغيره جاز كما لو استأجر لحمل قفيز من حنطة فحمل قفيزا غيره ؛ وكما لو استأجر ليزرع حنطة بعينها فزرع غيرها ، ولأن عقد الإجارة يتضمن أجرة يملكها المؤجر ومنفعة يملكها المستأجر ؛ فلما جاز للمؤجر أن يستوفى حقه كيف شاء بنفسه وبوكيله وبمن يحيله جاز للمستأجر أن يستوفى حقه من المنفعة كيف شاء بزرعها الحنطة وغير الحنطة ، وبإعارتها لمن يزرعها وبتركها وتعطيلها .

فأما استدلاله بقوله تعالى « أوفوا بالعقود » فمثل الحنطة ما يتضمنه العقد بما دللنا . وأما الجواب عما استدل به من تعيين الأثمان بالعقد فهكذا فى الإجارة ، فهو أن الفرق بينهما فى التعيين متفق عليه ، لأن الدراهم تتعين بالعقد حتى لا يجوز العدول إلى جنسها والحنطة لا تتعين فى عقد الإجارة

---

(1) الحاوى الكبير مخطوطة فى دار الكتب والوثائق العربية ذات اربعة وعشرين مجلدا ومن نوعها المجلد الاول فى دار الكتب الازهرية والحاوى الصغير مخطوطة فى دار الكتب والوثائق العربية ذات أربعة عشر مجلداً . على أن نقولنا التى اعتمدناها هنا فى التكملة هذه من الحاوى الكبير ، ولم يتسع وقتنا لتصفح الحاوى الصغير .

وإنما الخلاف فى تعيين جنسها لاقراره لو استأجرها لزرع حنطة بعينها جاز له العدول إلى غيرها من الحنطـة ؛ فكذلك يجـوز أن يعـدل إلى غـير الحنطة . اهـ .

فإذا تقرر هذا لم يخل حال المسـتأجر ليزرع الأرض حنطـة من ثلاثة أقسام :

١ ــ أن يستأجرها لزرع الحنطة وما أشبهها ؛ فيجـوز له مع موافقـة داود أن يزرعها الحنطة وغير الحنطة مما يكون ضرره مثل ضرر الحنطة أو أقل ، إلا أن داود يجيزه بالشرط ونحن نجيزه بالعقد والشرط تأكيداً .

٢ ــ أن يستأجر لزرع الحنطة ويغفل ذكر ما سوى الحنطة مما ضرره أكثر من الحنطة أو أقل .

٣ ــ أن يستأجرها لزرع الحنطة على أن لا يزرع سواها ففيه ثلاثة أوجه حكاها ابن أبى هريرة (أحدها) أن الإجارة باطلة (والثانى) أن الاجارة جائزة والشرط باطل ، وله أن يزرعها الحنطة وغير الحنطة لأنه لا يؤثر فى حق المؤجر ما بقى (والثالث) أن الاجارة جائزة والشرط لازم ، وليس له أن يزرعها غير الحنطة لأن منافع الاجارة إنما تملك بالعقد على ما سمى فيه ، ألا تراه لو استأجرها للزرع لم يكن له الغرس فكذلك إذا استأجرها لنوع من الزرع قال الشافعى : وإن كان يضرها مثل عروق تبقى فليس ذلك له ، فإن فعل فهو متعد ورب الأرض بالخيار إن شاء أخذ الكراء وما نقص الأرض على ما ينقصها زرع القمح ويأخذ منه كراء مثلهـا . قال المزنى : يشبه أن يكون قوله الأول أولى ، لأنه أخذ ما كرى وزاد على الكرى ضرراً ، كرجل أكترى منزلا يدخل فيه ما يحتمل سقفه فجعل فيه أكثر .

إذا عرف هذا فإنه إذا استأجر أرضاً لزرع حنطة لم يكن له أن يزرعها ولا أن يغرسها ما هو أكثر ضرراً منها لأنه غير مأذون فيه فصار كالغاصب ، وهل يصير بذلك ضامناً لرقبة الأرض حتى يضمن قيمتهـا ، إن غصبت أو

تلفت بسيل ؟ على وجهين (أحدهما) وهو قول أبى حامد الاسفراييني أنه يضمنها لأنه قد صار بالعدول عما استحقه غاصباً ، والغاصب ضامن .

(والثانى) وهو الأصح ، أنه لا يضمن رقبة الأرض لأن تعديه فى المنفعة لا فى الرقبة ، فإن تمادى الأمر بمستأجرها حتى حصد زرعه ثم طولب بالأجرة فالذى نص عليه الشافعى أن رب الأرض بالخيار بين أن يأخذ المسمى وما نقصت الأرض وبين أن يأخذ أجرة المثل ، فاختلف أصحابنا ، فكان المزنى وأبو إسحاق المروزى وأبو على بن أبى هريرة يخرجون تخيير الشافعى على قولين (أحدهما) أن رب الأرض يرجع بأجرة المثل دون المسمى لأن تعدى الزارع بعدوله عن الحنطة إلى ما هو أضر منها كتعديه بعدوله عن الأرض إلى غيرها ، فلما كان بعدوله عن الأرض إلى غيرها ملتزماً لأجرة المثل دون المسمى فكذلك بعدوله إلى غير الحنطة .

(والقول الثانى) أنه يرجع بالمسمى من الأجرة ، وينقص الضرر الزائد على الحنطة لأنه قد استوفى ما استحقه وزاد ، فصار كمن استأجر بعيراً من مكة إلى المدينة فتجاوز به إلى البصرة فعليه المسمى وأجرة المثل فى الزيادة وقال الربيع وأبو العباس بن سريج وأبو حامد المروروذى : إن المسألة على قول واحد ، وليس التخيير فيه اختلافاً للقول فيهما ، فيكون رب الأرض بالخيار بين أن يرجع بالمسمى وما نقصت الأرض بالزيادة كالمجاوز بركوب الدابة وبين أن يفسخ الاجارة ويرجع بأجرة المثل لأنه عيب قد دخل عليه فجاز أن يكون مخيراً به بين المقام أو الفسخ فأما المزنى فإنه اختار أن يرجع بالمسمى وما نقصت الأرض . وتابعه أبو إسحاق المروزى واستدلا بمسألتين :

(إحداهما) أن يستأجر بيتاً لحمولة مسماة فيعدل إلى غيرها فهذا أمر ينظر ، فإن استأجر أسفل البيت ليحرز فيه مائة رطل حديد فأحرز فيه مائة وخمسين رطلا ، أو عدل عن الحديد إلى القطن فلا ضمان عليه ، لأن سفل البيت لا تؤثر فيه هذه الزيادة ولا العدول عن الجنس ، وإن كان علو البيت تكون فيه الحمولة على سقفه ، فإن كانت الاجارة لمائة رطل من حديد فوضع عليه مائة وخمسين رطلا فهذه زيادة متميزة فيلزمه المسمى من الأجرة وأجرة مثل الزيادة .

وإن كان قد استأجر لمائة رطل قطنا فوضع فيه مائة رطل من حديد فهذا ضرر لا يتميز ، لأن القطن يتفرق على السقف والحديد يجتمع فى موضع منه ، فكان أضر فيكون رجوع المؤجر على ما ذكرنا من اختلاف أصحابنا فى القولين .

(والمسألة الثانية) من دليل المزنى على اختيار أن يستأجر داراً للسكنى فيسكن فيها حدادين أو قصارين أو ينصب رحى ، فهذه زيادة ضرر لا تتميز فيكون رجوع المؤجر على ما وصفنا من اختلاف أصحابنا فى القولين . قال الماوردى : ليس للمزنى من دليل فيما استشهد به من مذهب ولا حجاج .

فــرع قوله : وإن أجره عيناً ثم أراد أن يبدلها الخ قال الشافعى فى الأم : وإذا تكارى إبلا بأعيانها ركبها ، قال : وإن تكارى حمولة ولم يذكر بأعيانها وركب ما يحمله ، فإن حمله على بعير غليظ فإن كان ذلك ضرراً متفاحشاً أمر أن يبدله ، وإن كان شبيها بما يركب الناس لم يجبر على إبداله . والله أعلم بالصواب .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) فان استاجر ارضا مدة للزراعة فاراد ان يزرع مالا يستحصد فى تلك المدة ، فقد ذكر بعض اصحابنا انه لا يجوز ، وللمؤجر ان يمنعه من زراعته فان بادر المستاجر وزرع لم يجبر على قلعه قبل انقضاء المدة ، ويحتمل عندى انه لا يجوز منعه من الزراعة ، لانه يستحق الزراعة الى أن تنقضى المدة فلا يجوز منعه قبل انقضاء المدة ، ولانه لا خلاف انه ان سبق وزرع لم يجبر على نقله ، فلا يجوز منعه من مزارعته .

فصل وان اكترى ارضا مدة للزرع لم يخل اما ان يكون لزرع مطلق او لزرع معين ، فان كان لزرع مطلق فزرع وانقضت المدة ولم يستحصد الزرع ـ نظرت ، فان كان بتفريط منه بأن زرع صنفا لا يستحصد فى تلك المدة او صنفا يستحصد فى المدة الا أنه اخر زراعته ـ فللمكرى أن يأخذه بنقله ، لانه لم يعقد الا على المدة فلا يلزمه الزيادة عليها لتفريط المكترى ، فان لم يستحصد لشدة البرد او قلة المطر ففيهوجهان :

(احدهما) يجبر على نقله ، لانه كان يمكنه ان يستظهر بالزيادة فى مدة الاجارة ، فاذا لم يفعل لم يلزم المكرى ان يستدرك له ما تركه .

(والثانى) لا يجبر وهو الصحيح ، لأنه تأخر من غير تفريط منه ، فان قلنا : يجبر على نقله وتراضيا على تركه باجارة أو اعارة جاز ، لأن النقل لحق المكرى وقد رضى بتركه ، وان قلنا : لا يجبر فعليه المسمى الى انقضاء المدة بحكم العقد واجرة المثل . لما زاد لانه كما لا يجوز الاضرار بالمستاجر فى نقل زرعه ، لا يجوز الاضرار بالمؤجر فى تفويت منفعة أرضه .

فان كان لزرع معين لا يستحصد فى المدة وانقضت المـــدة والزرع قائم ـ نظرت ، فان شرط عليه القلع ـ فالاجارة صحيحة لأنه عقـــد على مـــدة معلومة ، ويجبر على قلعه لانه دخل على هذا الشرط ، فان تراضيا على تركه باجارة او اعارة جاز لما ذكرناه ، وان شرط التبقية بعد المدة فالاجارة باطلة لانه شرط ينافى مقتضى العقد فابطله ، فان لم يزرع كان لصاحب الأرض أن يمنعه من الزراعة ، لانها زراعة فى عقد باطل ، فان بادر وزرع لم يجبر على القلع ؛ لانه زرع ماذون فيه ، وعليه اجرة المثل لانه استوفى منفعـــة الأرض باجارة فاسدة ، فان اطلق العقد ولم يشترط التبقية ولا القلع ففيه وجهان :

(احدهما) وهو قول ابى اسحاق : انه يجبر على قلعه ، لأن العقد الى مدة وقد انقضت ، فاجبر على قلعه كالزرع المطلق .

(والثانى) لا يجبر لانه دخل معه على العلم بحال الزرع وان العادة فيـــه الترك الى الحصاد فلزمه الصبر عليه ، كما لو باع ثمره بعد بدو الصلاح وقبل الادراك ، ويخالف هذا اذا اكترى لزرع مطلق ، لأن هناك يمكنـــه أن يزرع ما يستحصد فى المدة فاذا ترك كان ذلك بتفريط منه فاجبر على قلعه ، وههنا هو زرع معنى علم المكرى انه لا يستحصد فى تلك المدة ، فاذا قلنا : يجـــبر فتراضيا على تركه باجارة او اعارة جاز لما ذكرناه ، وان قلنا : لا يجبر لزمه المسمى للمدة ،واجرة المثل للزيادة ، لانه كما لا يجوز الاضرار بالمكترى فى نقل زرعه ، لا يجوز الاضرار بالمكرى فى ابطال منفعة أرضه) .

الشرح قال الشافعى رضى الله عنه : وإذا تكاراها سنة فزرعهـــا فانقضت السنة والزرع فيها لم يبلغ أن يحصد ـ فإن كانت السنة يمكنه أن يزرع فيها زرعا يحصـــد قبلها فالكراء جائز ، وليس لرب الأرض أن يثبت زرعه وعليه أن ينقله عن الأرض إلا أن يشاء رب الأرض تركه ، وإذا شرط أن يزرعها صنفا من الزرع يستحصد أو يستقصل قبل السنة فأخره إلى وقت من السنة فانقضت السنة قبل بلوغه فكذلك أيضاً وإن تكارى مدة أقل من سنة وشرط أن يزرعها شيئاً بعينه ويتركه حتى يحصد فكان يعلم أنه لا يمكنه أن يستحصد فى مثل هذه المدة تكاراها فالكراء فاسد من قبـــل أن أثبت

بينهما شرطهما ولم أثبت على رب الأرض أن يبقى زرعه فيها بعد انقضاء المدة أبطلت شرط الزارع أن يتركه حتى يستحصد ؛ وإن أثبت له زرعه حتى يستحصد أبطلت شرط رب الأرض فكان هذا كراء فاسداً ولرب الأرض كراء مثل أرضه إذا زرع ؛ وعليه تركه حتى يستحصد .

وصورة هذه المسألة أن يستأجر الرجل أرضا مدة معلومة ليزرعها موصوفا فزرعها ، ثم انقضت المدة قبل استحصاد زرعها ، فلا يخلو حال المدة من ثلاثة أحوال (إحداها) أن يعلم أن ذلك الزرع يستحصد فى مثلها (والثانية) أن يعلم أنه لا يستحق فى مثلها (والثالثة) أن يقع الشك فيه ، فأما الأولى فلا تخلو من ثلاثة أقسام .

(أحدها) أن تأخير استحصاده لعدوله عن الجنس الذى شرطه إلى غيره مثل أن يستأجر خمسة أشهر لزرع الباقلا فيزرعها براً فتنقضى المدة ، والبر غير مستحصد فهذا يؤخذ بقلعه قبل استحصاده ؛ لأنه بعدوله عن الباقلا إلى البر يصير متعديا فلم يستحق استيفاء زرع تعدى فيه ، فإن تراضى المؤجر والمستأجر على تركه إلى أوان الحصاد بأجرة المثل فيما زاد على المدة أقر ، وإن رضى المستأجر وأبى المؤجر أو رضى المؤجر وأبى المستأجر من بذل أجرة المثل قلع .

(والقسم الثانى) أن يكون تأخير استحصاده لتأخير بذره من عدول عن جنسه فهذا مفرط ويؤخذ بقلع زرعه قبل استحصاده لأن تفريطه لا يلزم غيره ، فان بذل أجرة مثل المدة الزائدة ورضى المؤجر بقبولها ترك وإلا قلع .

(والقسم الثالث) أن يكون تأخير استحصاده لأمر سماوى من طول برد أو تأخر مطر أو انخفاض نيل أو دوام ثلج ففيه وجهان : (أحدهما) يترك إلى وقت استحصاده لأنه لم يكن من المستأجر عدوان ولا تفريط ، فإذا ترك إلى وقت الحصاد ضمن المستأجر أجرة مثل المدة الزائدة على عقده (والوجه الثانى) أن يؤخذ بقلعه ولا يترك لأنه قد كان يقدر على الاستظهار لنفسه فى استزادة المدة خوفا مما عساه يحتمل من أسباب سماوية فلو لم يأخذ لنفسه فرصة صار مفرطا .

أما الحال الثانية : وهو أن يعلم بجاري العادة أن مثـل ذلك الزرع لا يستحصد فى مثل تلك المدة ، مثل أن يستأجرها أربعة أشهر لزرعها براً أو شعيراً فهذا إما :

(ا) أن يشترط قلعه عند انقضاء المدة ، فهذه إجارة جائزة ، لأنه قـد يريد زرعه قصيلا ولا يريده حبـا ، فإذا انقضت المدة ، أخـذ بقلع زرعـه وقطعه .

(ب) أن يشـترط تركه إلى وقت حصـاده فهذا إجارة فاسـدة ، لأن اشتراط استيفاء الزرع بعد مدة الإجارة ينافى موجبها فبطلت ، ثم للزارع استيفاء زرعه وقت حصاده ، وإن بطلت الإجارة ، ولا يؤخذ بقلع زرعه لأنه زرع عن إذن اشترط فيه الترك وعليه أجرة المثل ، والفرق بين هذه المسألة فى استيفاء الزرع مع فساد الإجارة وبين أن يؤخذ بقلعه فيـما تقـدم من الأحوال والأقسام مع صحة الإجارة أن الإجارة إذا بطلت روعى الإذن دون المدة وإذا صحت روعيت المدة .

(جـ) أن يطلق العقد فلا يشترط فيه قلعاً ولا تركا فقد اختلف أصحابنا هل إطلاقه يقتضى القلع أو الترك ؟ على وجهين .

(أحدهما) وهو قول أبى إسحاق المروزى : أنه يقتضى القلع اعتباراً بموجب العقد ، فعلى هذا الإجارة صحيحة ، ويؤخذ المستأجر بقلع زرعه عند تقضى المدة (والثانى) وهو ظاهر كلام الشـافعى أن الإطلاق يقتضى الترك إلى أوان الحصاد اعتباراً بالعرف فيه ، كما أن ما لم يبد صلاحه من الثمار يقتضى إطلاق بيعه للترك إلى وقت الجداد اعتباراً بالعـرف فيـه ، فعلى هذا تكون الإجارة فاسدة ، ويكون للمستأجر ترك زرعه إلى وقت حصاده ، وعليه أجرة المثل كما لو شرط الترك .

الحال الثالثة : وهو أن يقع الشك فى المدة هل يستحصد الزرع فيها ؟ كأن استأجرها خمسة أشهر لزرع البر والشعير ، فقد يجوز أن يسـتحصد الزرع فى هذه المدة فى بعض البلاد وبعض السنين ويجـوز ألا يسـتحصد

فيكون حكم هذه الحال حكم ما علم أنه يستحصد فيه ؛ على ما مضى إسقاطاً للشك واعتباراً باليقين هكذا أفاده الماوردى ؛ والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصــــل وان اكترى ارضا للغراس مدة لم يجز أن يغرس بعد انقضائها ، لأن العقد يقتضي الغرس فى المدة فلم يملك بعدها ، فان غرس فى المدة وانقضت المدة نظرت ، فان شرط عليه القلع بعد المدة اخذ بقلعه لما تقدم من شرطه ، ولا يبطل العقد بهذا الشرط ، لان الذى يقتضيه العقد هو الغــــراس فى المدة ، وشرط القلع بعد المدة لا يمنع ذلك ، وانما يمنع من التبقية بعد المدة ، والتبقية بعد المدة من مقتضى الاذن ، لا من مقتضى العقد ؛ فلم يبطل العقد باسقاطها ، فاذا قلع لم يلزمه تسوية الأرض ، لأنه لما شرط القلع رضى بما يحصل به من الحفر ، فان اطلق العقد ولم يشترط القلع ولا التبقية لم يلزمه القلع . لأن تفريغ المستاجر على حسب العادة ، ولهذا لو اكترى داراً وترك فيها متاعا وانقضت المدة لم يلزمه تفريغها الا على حسب العادة فى نقل مثله ، والعادة فى الغراس التبقية الى ان يجف ويستقلع .

فان اختار المكترى القلع ــ نظرت ، فان كان ذلك قبل انقضاء المدة ــ ففيه وجهان :

(احدهما) يلزمه تسوية الأرض ، لأنه قلع الغراس من ارض غيره بغير اذنه ، فلزمه تسوية الأرض .

(والثانى) : لا يلزمه لأنه قلع الغراس من أرض له عليها يد فان كان ذلك بعد انقضاء المدة لزمه تسوية الأرض وجها واحدا ، لأنه قلع الغراس مــن أرض غيره من غير اذن ولا يد ، فان اختار التبقية ــ نظرت ، فان اراد صاحب الأرض ان يدفع اليه قيمة الغراس ويتملكه ــ اجبر المكترى على ذلك ، لأنه يزول عنه الضرر بدفع القيمة ، فان أراد أن يقلعه ــ نظرت ، فان كانت قيمة الغراس لا تنقص بالقلع ــ اجبر المكترى على القلع . لأن لا ضرر عليه فى القلع ، فان كانت قيمة الغراس تنقص بالقلع . فان ضمن له ارش ما نقص بالقلع اجبر عليه . لأنه لا ضرر عليه بالقلع مع دفع الأرش . فان أراد ان يقلع ولا يضــمن ارش النقص لم يجبر المكترى .

وقال المزنى : يجبر لأنه لا يجوز ان ينتفع بأرض غيره من غير رضاه ، وهذا خطا لأن فى قلع ذلك من غير ضمان الأرش اضراراً بالمكترى ، والضرر لا يزال بالضرر .

فان اختار ان يقر الغراس فى الارض ويطالب المكترى باجرة المثـل اجبر

المكترى ، لأنه كما لا يجوز الاضرار بالمكترى بالقلع من غير ضمان ، لا يجوز الاضرار بالمكرى بابطال منفعة الأرض عليه من غير أجرة ، فان أراد المكترى أن يبيع الفراس من المكرى جاز ، وان أراد بيعه من غيره ففيه وجهان ، وقد بيناهما فى كتاب العارية ، فان اكترى بشرط التبقية بعد المدة جاز . لأن اطلاق العقد يقتضى التبقية فلا يبطل بشرطها ، والحكم فى القلع والتبقية على ما ذكرناه فيه اذا أطلق العقد .

فصـــل فان اكترى أرضاً باجارة فاسدة وغرس كان حكمها فى القلع والاقرار على ما بيناه فى الاجارة الصحيحة لأن الفاسد كالصحيح فيما يقتضيه من القلع والاقرار ، فكان حكمهما واحداً ، وبالله التوفيق) .

الشرح قال الشافعى رضى الله عنه : وإن قال اغرسـها وازرعهـا ما شئت فالكراء جائز . قال المزنى : أولى بقوله ألا يجوز هذا لأنه لا يدرى يغرس أكثر فيكثر الضرر على صاحبها أو لا يغرس .

وهذه العبارة تشتمل على ثلاث مسائل (إحـــداهن) أن يقـــول : أجرتكها لتزرعها إن شئت أو تغرسها إن شئت فالإجارة صحيحة ، وهو مخير بين زرعها إن شاء وبين غرسها ، فإن زرع بعضها وغرس بعضها جاز ، لأنه لما جاز له غرس الجميع كان غرس البعض أولى بالجواز .

(الثانية) أن يقول : قد أجرتكها لتزرعها أو تغرسها ، فالإجارة باطلة ، لأنه لم يجعل له الأمرين معاً ، ولا أحدهما معينا ، فصار ما أجره له مجهولا .

(الثالثة) أن يقول : قد أجرتكها لتزرعهـا وتغرسـها ففيه وجهـان (أحدهما) وهو مذهب المزنى أن الإجـارة باطلة ، لأنه لما لم يخـيره بين الأمرين وجمع بينهما صار ما يزرع منها ويغرس مجهـولا ، وهـذا قول أبى إسـحاق المروزى (والثـانى) وهو ظاهـر كلام الشـافعى . وقال ابن أبى هريرة : إن الإجارة صحيحة وله أن يزرع النصف ويغرس النصـف لأن جمعه بين الأمرين يقتضى التسوية بينهما ، فلو زرعها جميعا جاز ، لأن زرع النصف المأذون فى غرسه أقل ضررا ، ولو غرسها جميعا لم يجـز لأن غرس النصف المأذون فى زرعه أكثر ضررا .

قال الشافعى رضى الله عنه : وإن انقضت سنوه لم يكن لرب الأرض

أن يقلع الغراس حتى يعطيه قيمته وقيمة ثمرته إن كانت فيه يوم نقله ؛ ولرب الأرض الغراس إن شاء نقله على أن عليه ما نقص من الأرض . والغراس كالبناء إذا كان بإذن مالك الأرض مطلقا .

قال المزني : القياس عندي أنه إذا حد له أجلا يغرس فيه فانقضى الأجل وأذن له أن يبني في عرصة له : فانقضى الأجل فالأرض والعرصة بعد انقضاء الأجل مردودان .

وصورتها فيمن استأجر أرضا ليبني فيها ويغرس فانقضي الأجل والبناء والغراس قائم في الأرض فليس له بعد انقضاء الأجل أن يحدث بناء ولا غرسا ، فإن فعل كان متعديا وأخذ بقلع ما أحدثه بعد الأجل من غرس وبناء فأما القائم في الأرض قبل انقضاء الأجل فلا يخلو حالهما فيه عند العقد من ثلاثة أحوال (أحدها) أن يشترطا قلعه عند انقضاء المدة فيؤخذ المستأجر بقلع غرسه وبنائه لما تقدم من شرطه ، وليس عليه تسوية ما حدث من حفر الأرض لأنه مستحق بالعقد .

(الثانية) أن يشترط تركه بعد انقضاء المدة فيقر ولا يفسد العقد بهذا الشرط لأنه من موجباته لو أخل بالشرط ويصير بعد انقضاء المدة مستعيراً على مذهب الشافعي فلا يلزمه أجرة وعلى مذهب المزني عليه الأجرة ما لم يصرح له بالعارية فإن قلع المستأجر غرسه وبناءه لزمه تسوية ما حدث في حفر الأرض لأنه لم يستحقه بالعقد ؛ وإنما استحقه بالملك ، وهذا قول جميع أصحابنا وإنما اختلفوا في تعليله فقال بعضهم : العلة فيه أنه لم يستحقه بالعقد، وهو التعليل الذي ذكرناه فعلى هذا لو قلعه قبل انقضاء المدة لألزمه تسوية الأرض .

والحال الثالثة : أن يطلقا العقد فلا يشترطان فيه قلعه ولا تركه فينظر ، فإن كانت قيمة الغرس والبناء مقلوعا كقيمته قائما أخذ المستأجر بقلعه لأنه لا ضرر يلحقه فيه ولا نقص . وإن كانت قيمته مقلوعا أقل من قيمته قائماً وهو الأغلب نظر فإن بذل رب الأرض قيمة الغرس والبناء قائماً ، أو ما بين قيمته مقلوعا لم يكن للمستأجر تركه ؛ لأن ما يدخل عليه من الضرر بقلعه يزول ببذل القيمة أو النقص . وقيل : لا يخيرك على أخذ القيمة ولكن يخيرك

بين أن تقلعه أو تأخذ قيمته وليس لك إقراره وتركه ، وإن لم يبذل رب الأرض قيمة الغرس والبناء ولا قدر النقص نظر فى المستأجر ، فإن امتنع من بذل أجرة المثل بعد تقضى المدة لم يكن له إقرار الغرس والبناء وأخذ بقلعه ، وإن بذل له أجرة المثل مع امتناع رب الأرض من بذل القيمة أو النقص فمذهب الشافعي وجمهور أصحابه أن الغرس والبناء مقران لا يؤخذ المستأجر بقلعهما ولا يجبر رب الغراس والبناء بعد انتهاء المدة على تركهما استدلالا بما ذكره المزنى من قوله تعالى « إلا أن تكون تجارة عن تراض » وليس من رب الأرض رضى بالترك فلم يجبر عليه،ولأنه لما أخذ بقلع زرعه عند انقضاء المدة لم يقو إلى أوان حصاده مع أن زمان حصاده محدود ، فلأن يؤخذ بقلع الغرس والبناء مع الجهل بزمانهما أولى ، ولأن تحديد المدة يوجب اختلاف الحكم فى إحداث الغرس والبناء ، وهذا المذهب أظهر حجاجا وأصح اجتهادا .

واستدل أصحابنا على تركه وإقراره بقوله صلى الله عليه وسلم « ليس لعرق ظالم حق » رواه أبو داود والدارقطنى عن عروة بن الزبير مرسلا ؛ فاقتضى ذلك وقوع الفرق بين الظالم والمحق فلم يجز أن يسوى بينهما فى الأخذ بالقلع . قالوا : ولأن من أذن لغيره فى إحداث حق فى ملك كان محمولا فيه على التعرف المعهود فى مثله كمن أذن لجاره فى وضع أجزاعه فى جداره كان عليه تركه على الدوام ، ولم يكن له أخذه بقلعها ، لأن العادة جارية باستدامة تركها كذلك الغرس والبناء العادة فيهما جارية بالترك والاستبقاء دون القلع ؛ والتناول محمول على العادة وهذا الاستدلال يفسد بالزرع لأن العادة جارية بتركه إلى أوان حصاده ثم هى غير معتبرة حين يؤخذ بقلعه .

فـــرع وإذا كانت الاجارة فاسدة فبنى المستأجر فيها وغرس أو زرع فهو فى الاقرار والترك على ما ذكرنا فى الاجارة الصحيحة ، لأن الفاسد فى كل عقد حكمه حكم الصحيح فى الأمانة والضمان والله تعالى أعلم بالصواب

قال المصنف رحمه الله تعالى

باب ما يوجب فسخ الاجارة

اذا وجد المستأجر بالعين المستأجرة عيبا جاز له أن يرد ، لأن الاجارة كالبيع ، فاذا جاز رد المبيع بالعيب جاز رد المستاجر ، وله أن يرد بما يحدث فى يده من العيب ، لأن المستاجر فى يد المستاجر كالمبيع فى يد البائع ، فاذا جاز رد المبيع بما يحدث من العيب فى يد البائع ، جاز رد المستاجر بما يحدث من العيب فى يد المستاجر .

فصـــل والعيب الذى يرد به ما تنقص به المنفعة ، كتعثر الظهــر فى المشى ، والعرج الذى يتاخر به عن القافلة ، وضعف البصر والجذام والبرص فى المستاجر للخدمة ، وانهدام الحائط فى الدار ، وانقطاع الماء فى البئر والعين، والتغير الذى يمتنع به الشرب أو الوضوء ، وغير ذلك من العيوب التى تنقص بها المنفعة .

فاما اذا اكترى ظهراً فوجده خشين المشى لم يرد ، لأن ذلك لا تنقص به المنفعة . وان اكترى ظهراً للحج عليه فعجز عن الخروج بالمرض أو ذهاب المال لم يجز له الرد ، وان اكترى حماما فتعذر عليه ما يوقده لم يجز له الرد ، لأن المعقود عليه باق ، وانما تعذر الانتفاع لمعنى فى غيره فلم يجز له الرد ، كما لو اشترى ظهراً ليحج عليه فعجز عن الحج لمرض أو ذهاب المال ، وان اكترى ارضاً للزراعة فزرعها ثم هلك الزرع بزيادة المطر أو شدة برد أو دوام ثلج أو اكل جراد لم يجز له الرد ، لأن الجائحة حدثت على مال المستاجر دون منفعة الأرض فلم يجز له الرد ، وان اكترى داراً فتشعثت فبادر المكرى الى اصلاحها لم يكن للمستاجر ردها لأنه لا يلحقه الضرر ، فان لم يبادر ثبت له الفسخ ، لأنه يلحقه ضرر بنقصان المنفعة ، فان رضى سكناها ولم يطالب بالاصلاح فهل يلزمه جميع الأجرة أم لا ؟ فيه وجهان :

(احدهما) لا يلزمه جميع الأجرة لأنه لم يستوف جميع ما استحقه من المنفعة فلم يلزمه جميع الأجرة ، كما لو اكترى داراً سنة فسكنها بعض السنة ثم غصبت .

(والثانى) يلزمه جميع الأجرة لأنه استوفى جميع المعقود عليه ناقصـــا بالعيب فلزمه جميع البدل ، كما لو اشـــترى عبداً فتلفت يده فى يد البائع ورضى به .

(فصـــل) ومتى رد المستاجر العين بالعيب ـ فان كان العقد على عينها ـ انفسخ العقد ، لأنه عقد على معين فانفسخ برده ، كبيع العين . وان كان العقد على موصوف فى الذمة لم ينفسخ العقد برد العين ، بل يطـــالب

بدله ، لأن العقد على ما فى الذمة ، فاذا رد العين رجع الى ما فى الذمة ، كما لو وجد بالمسلم فيه عيبا فرده .

(فصـــل) وان استأجر عبداً فمات فى يده ، فان كان العقـــد على موصوف فى الذمة طالب ببدله لما ذكرناه فى الرد بالعيب ، وان كان العقد على عينه ــ فان لم يمض من المدة ما له أجرة ــ انفسخ العقد . وقال أبو ثور من اصحابنا : لا ينفسخ ، بل يلزم المستأجر الأجرة لأنه ملك بعد التسليم ، فلم ينفسخ العقد ، كما لو ملك المبيع بعد التسليم ، فلم ينفسخ العقد ، والمذهب الأول ، لأن المعقود عليه هو المنافع وقد تلفت قبل قبضها فانفسخ العقد كالمبيع اذا هلك قبل القبض . وان مضى من المدة ما له أجرة انفسخ العقد فيما بقى بتلف المعقود عليه . وفيما مضى طريقان :

(أحدهما) لا ينفسخ فيه العقد قولا واحدا .

(والثانى) أنه على قولين ، بناء على الطريقين فى الهلاك الطارىء فى بعض المبيع قبل القبض . هل هو كالهلاك المقارن للعقد أم لا ؟ لأن المنافع فى الاجارة كالمبيع قبل القبض . وفى المبيع قبل القبض طريقان فكذلك الاجارة .

فصـــل وان اكترى دارا فانهدمت ، فقد قال فى الاجارة : ينفســـخ العقد . وقال فى المزارعة : اذا اكترى أرضا للزراعة فانقطع ماؤها أن المكترى بالخيار بين أن يفسخ وبين أن لا يفسخ . واختلف اصحابنا فيهما على طريقين، فمنهم من نقل جواب كل واحدة من المسألتين الى الأخرى فخرجهـــما على قولين ، وهو الصحيح .

(أحدهما) أن العقد ينفسخ فيهما . لأن المنفعة المقصودة هى السكنى والزراعة ، وقد فاتت فانفسخ العقد كما لو اكترى عبداً للخدمة فمات .

(والثانى) لا ينفسخ لأن العين باقية يمكن الانتفاع بها ، وانمـا نقصت منفعتها ، فثبت له الخيار كما لو حدث به عيب . ومنهم من قال : اذا انهدمت الدار انفسخ العقد . وان انقطع الماء من الأرض لم ينفسخ لأن الأرض باقية مع انقطاع الماء ، والدار غير باقية مع الانهدام) .

الشرح لا ينفسخ عقد الإجارة عينية كانت أو فى الذمة بنفسها ولا بفسخ أحد العاقدين بالأعذار التى لا توجب خللا فى المعقود عليه ، كمن استأجر حماما وتعذر عليه جلب الوقود له ؛ أو استأجر سيارة وتعذر عليه شراء وقودها ، أو مرض فحال مرضه دون السفر عليها ، أو استأجر بيتا ولم يجد أثاثاً يتخذه فراشا فيها ، ويقاس على هذه الأمثلة كل عذر لا يلحق المعقود عليه خلل فى عينه بعيب فيه ، وإذا استأجر دارا فوجد ماء بئرها متغيراً ، قال

أبو حنيفة : إن استطيع الوضوء به فلا خيار للمستأجر . وعندنا أنه إن خالف معهود الآبار فى تلك الناحية فله الخيار ، فان كان معهودهم الشرب من آبارهم — فإذا كان تغيره يمنع من شربه — فله الخيار ، وإن أمكن الوضوء منها ، وإن كان معهودهم ألا يشربوا منها فله الخيار ، وإن كان غير معهود فى ذلك الوقت — فإن كان مع نقصانه كافيا لما يحتاج المستأجر من شرب أو طهور ، فلا خيار له ، وإن كان مقصراً عن الكفاية فله الخيار .

فأما رجاء الحصول على الماء إذا تغير ماؤه فلا خيار لمستأجره ؛ ولو نقص ماؤه فله الخيار إلا أن يكون معهوداً فى وقته فلا خيار فيه .

قال الشافعى : وإذا اكترى الرجل الأرض من الرجل بالكراء الصحيح ثم أصابها غرق منعه الزرع أو ذهب بها سيل أو غصبها فحيل بينه وبينها سقط عنه الكراء من يوم أصابها ذلك ، وهى مثل الدار يكتريها سنة ويقبضها فتهدم فى أول سنة أو آخرها ، والعبد يستأجره السنة فيموت فى أول السنة أو آخرها فيكون عليه من الإجارة بقدر ما سكن واستخدم ويسقط عنه ما بقى ، وإن أكراه أرضا بيضاء يصنع فيها ما شاء ، أو لم يذكر أنه اكتراها للزرع ثم انحسر الماء عنها فى أيام لا يدرك فيها زرعا ، فهو بالخيار بين أن يأخذ ما بقى بحصته من الكراء أو يرده لأنه قد انتقص مما اكترى . وكذلك إن اكتراها للزرع ، وكراؤها للزرع أبين فى أن يردها إن شاء ، وإن كان مر بها ماء فأفسد زرعه أو أصابه حريق أو ضريب [1] أو جراد أو غير ذلك فهذا كله جائحة على الزرع لا على الأرض فالكراء له لازم ، فإن أحب أن يجدد زرعا جدده إن كان ذلك يمكنه ، وان لم يمكنه فهذا شىء أصيب به فى زرعه لم تصب به الأرض فالكراء له لازم ، وهذا مفارق للجائحة فى الثمرة يشتريها الرجل فتصيبها الجائحة فى يديه قبل أن يمكنه جدادها . ومن وضع الجائحة ثم ابتغى أن لا يضعها ههنا ، فإن قال قائل : إذا كانتا جائحتين فما بال إحداهما توضع والأخرى لا توضع ، فإن من وضع الجائحة الأولى فإنما يضعها بالخبر ، وبأنه إذا كان البيع جائزاً فى شراء الثمرة إذا بدا صلاحها

---

(١) الضريب يقال للثلج الذائب ولسموم الماء انشقه الارض .

وتركها حتى تجد فإنما ينزلها بمنزلة الكراء الذى يقبض به الدار ثم تمر به أشهر ثم تتلف الدار فيسقط عنه الكراء من يوم تلفت . ا هـ

وقد اختلف أصحابنا فى الفساد الطارىء على المستأجر ــ بفتح الجيم ــ على جسب اختلافهم فى الفساد الطارىء على بعض الصفقة ، هل يكون كالفساد المقارن للعقد ؟ فقال بعض أصحابنا : هما سواء ، فيكون بطلان الاجارة فيما مضى من المدة على قولين من تفريق الصفقة .

وقال آخرون : إن الفساد الطارىء على العقد مخالف للفساد المقارن للعقد ، فتكون الإجارة فيما مضى من المدة غير فاسدة قولا واحداً . فإن قيل ببطلان الاجارة فيما مضى من المدة لزم المستأجر أجرة المثل فى الماضى دون المسمى . وإن قيل بصحة الإجارة فيما مضى فقد اختلف أصحابنا هل له الخيار فى فسخه أم لا ؟ على وجهين (أحدهما) لا خيار له لفواته على يده ، فعلى هذا إن كانت أجرة السنة كلها متساوية لتساوى العمل فيها فعليه نصف الأجرة المسماة لاستيفاء نصف العمل المستحق بنصف السنة المسماة

وإن كان العمل فيها مختلفاً والأجرة فيه مختلفة مثل أن تكون أجرة النصف الماضى من السنة مائة درهم وأجرة النصف الباقى خمسين درهما تقسطت الأجرة على العمل المختلف دون المدة ، وكان على المستأجر ثلثا الأجرة بمضى نصف المدة لأنها تقابل ثلثى العمل .

(والوجه الثانى) أن له الخيار لتفريق الصفقة عليه بين المقام على الإجارة فيما مضى وبين فسخها فيه ، فإن أقام عل الماضى لزمه من الأجرة ما ذكرناه من الحساب والقسط ، وكان بعض أصحابنا يخرج قولا آخر أن يقيم بجميع الأجرة وإلا فسخ ، وهو قول من يجعل الفساد الطارىء كالفساد المقارن ، وإن فسخ الإجارة فى الماضى لزمه فيه أجرة المثل ، لأن الفسخ قد رفع العقد فسقط حكم المسمى فيه .

فــرع وجملة بيان هذه الفصول أن من استأجر عيناً مدة فحيل بينه وبين الانتفاع بها لم يخل من أقسام ثلاثة .

(أحدها) أن تتلف العين كنفوق دابة فهذا على ثلاثة أضرب ؛ أحدها : أن تتلف العين قبل قبضها ؛ فإن الإجارة تنفسخ بغير خلاف نعلمه ؛ لأن المعقود عليه تلف قبل قبضه فأشبه ما لو تلف الطعام المبيع قبل قبضه .

(والثانى) أن تتلف عقيب قبضها ؛ فإن الإجارة تنفسخ أيضاً ويسقط الأجر عند عامة الفقهاء إلا أبا ثور فقد حكى عنه أنه قال : يستقر الأجر ، لأن المعقود عليه أتلف بعد قبضه أشبه المبيع ، وهذا غلط ، لأن المعقود عليه المنافع ، وقبضها استيفاؤها أو التمكن من استيفائها ، ولم يحصل ذلك فأشبه تلفها قبل قبض العين .

(والثالث) أن تتلف بعد مضى شىء من المدة فإن الإجارة تنفسخ فيما بقى من المدة دون ما مضى ، ويكون للمؤجر من الأجر بقدر ما استوفى من المنفعة ، هذا معنى ما نقلناه من الأم قبل . وقال أحمد فيما رواه عنه إبراهيم ابن الحارث : إذا اكترى بعيراً بعينه فنفق البعير يعطيه بحساب ما ركب ، وذلك لما ذكرنا من أن المعقود عليه المنافع ، وقد تلف بعضها قبل قبضه فبطل العقد فيما تلف دون ما قبض ، كما لو اشترى صبرتين فقبض إحداهما وتلفت الأخرى قبل قبضها .

فإن كان المستأجر مختلف الأجر حسب اختلاف الأزمان كدار بسيف البحر إيجارها صيفا أكثر من أجرها شتاء ، أو دار بأسوان أجرها شتاء أكثر من أجرها صيفا أو دار لها موسم كدور مكة شرفها الله رجع فى تقويمه إلى أهل الخبرة ويقسط الأجر المسمى على حسب قيمة المنفعة كقسمة الثمن على الأعيان المختلفة فى البيع ، وكذلك لو كان الأجر على قطع المسافة وكانت معروفة بالأميال أو الكيلو مترات .

(القسم الثانى) أن يحدث على العين ما يمنع نفعها كدار انهدمت وأرض غرقت أو انقطع عنها الماء فهذه ينظر فيها فإن لم يبق فيها نفع أصلا فهى كالتالفة سواء ، وإن بقى فيها نفع غير ما استأجرها له انفسخت إلا فى انقطاع الماء لأنه لم يحدث فى المعقود عليه خلل يفسد العقد فأشبه ما لو نقص نفعها

مع بقائه ؛ فهو مخير بين الفسخ والامضاء ؛ فإن فسخ فعليه ما مضى من العقد، وإن اختار إمضاءه فعليه جميع الأجر لأن العيب إذا رضى به سقط حكمه .

فإذا انهدمت الدار أو مرض الخادم : فإن الإجارة لا تنفسخ لبقاء المعقود عليه ولكن المستأجر بالخيار لأجل العيب الحادث المؤثر فى منفعته بين المقام والفسخ ، والخيار فيه على التراخى لا على الفور بخلاف الخيار فى البيع لأنه يتجدد بمرور الأوقات لحدوث النقص فيها فإن كان مرض الخادم مرضا لا يؤثر فى العمل نظر فيما استؤجر له من العمل ، فإن كان مما لا تعاف النفس مرضه فيه كالكنس والرعى وحرث الأرض فلا خيار للمستأجر ، وإن كان مما تعاف النفس مرضه فيه كخدمته فى مأكله ومشربه وملبسه فله الخيار .

وقال النووى فى الدار : تنفسخ بهدمها . وقال شمس الدين الرملى : فى الأصح وإن كانت الإجارة فى دار حرث شارعها أو دكان بطلت سوقه فلا خيار له لأنه عيب حدث فى غير المعقود عليه ، فإذا استأجر داراً فانهدم فيها حائط أو سقط فيها سقف نظر ، فإن لم يمكن سكنى الدار بانهدام حائطها وسقوط سقفها كان كما لو انهدم جميعها فى بطلان الاجارة فيها ، وإن أمكن سكناها لم تبطل الإجارة وكان مخيراً فى الفسخ للعيب الحادث وأما إن انهدم نصفها وبقى نصعها والباقى منها يمكن سكناه بطلت الاجارة فى النصف المنهدم ، وهى صحيحة فى النصف السليم والمستأجر بالخيار ، ومن جعل من أصحابنا الفساد الطارىء على بعض الصفقة كالفساد المقارن للصفقة خرج الاجارة فيما سلم من الدار على قولين .

فــرع فإذا انهدمت الدار فبناها المؤجر لم تعد الاجارة فيها بعد فسادها إلا بعقد جديد ، لأن بطلانه يمنع من عوده إلا باستحداث عقد ولكن لو اشتركت وتشعبت فلم يختر المستأجر حين عمرها المؤجر ففى خيار المستأجر وجهان أحدهما : قد سقط لارتفاع موجبه ، والثانى : أنه باق بحاله لم تقدم من استحقاقه له ولكن لو رام المؤجر أن يمنع المستأجر من الفسخ حتى يعمرها له لم يكن ذلك للمؤجر ، وكان المستأجر على خيار .

فــرع قال الشافعي رضى الله عنه : ولو اكترى أرضاً سنة فغصبها رجل لم يكن عليه كراء لأنه لم يسلم له ما اكترى : قلت : ومن هنا نعلم أن الأرض إذا غصبت من يد المستأجر فله الفسخ : وهل تبطل الاجارة بالغصب ؟ على قولين . أصحهما : باطلة والمستأجر برىء من أجرة مدة الغصب ، ولا يكون المستأجر خصما للغاصب فيها ، لأن خصم الغاصب إنما هو المالك أو وكيله وليس المستأجر مالكا ولا وكيلا فلم يكن خصما

والقول الثاني : أن الاجارة لا تبطل لأن غاصبها ضامن لمنافعها لكن يكون المستأجر بحدوث الغصب مخيراً بين المقام أو الفسخ فإن فسخ سقطت عنه الأجرة ولم يكن خصما للغاصب فيها ، وإن أقام فعليه المسمى ويرجع بأجرة المثل على الغاصب ويصير خصما له فى الأجرة دون الرقبة ، إلا أن يبقى من مدة الاجارة شيء فيجوز أن يصير خصما فى الرقبة ليستوفى حقه من المنفعة والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصــل) وان اكرى نفسه فهرب ، أو اكرى عينا فهرب بها ـ نظرت ، فان كانت الاجارة على موصوف فى الذمة ـ استؤجر عليه من ماله كما لو اسلم اليه فى شىء فهرب ، فانه يبتاع عليه المسلم فيه ، وان لم يمكن الاستئجار عليه ثبت للمستاجر الخيار بين ان يفسخ وبين أن يصبر ، لأنه تأخر حقه فيثبت له الخيار ، كما لو اسلم فى شىء فتعذر ، وان كانت الاجارة على عين فهــو بالخيار بين ان يفسخ وبين ان يصبر ، لانه تاخر حقه فثبت له الخيار ، كما لو ابتاع عبداً فابق قبل القبض ، فان لم يفسخ ـ نظرت ، فان كانت الاجارة على مدة ـ انفسخ العقد بمضى المدة يوما بيوم ، لان المنافع تتلف بمضى الزمان، فانفسخ العقد بمضيه ، وان كانت على عمل معين لم ينفسخ لانه يمكن استيفاؤه اذا وجده .

(فصــل) وان غصبت العين المستأجرة من يد المستاجر ـ فان كان العقد على موصوف فى الذمة ـ طولب المؤجر باقامة عين مقامها على ما ذكرناه فى هرب المكرى ، وان كان على العين فللمستأجر ان يفسخ العقد ، لأنه تأخــر حقه فثبت له الفسخ ، كما لو ابتاع عبداً فغصب فأن لم يفسخ ـ فان كانت الاجارة على عمل ـ لم تنفسخ لأنه يمكن استيفاؤه اذا وجد ، وان كانت على مدة فانقضت ففيه قولان :

(احدهما) ينفسخ العقد فيرجع المستاجر على المؤجر بالمسمى ، ويرجع المؤجر على الغاصب باجرة المثل .

(والثانى) لا ينفسخ ، بل يخير المستاجر بين أن يفسخ ويرجع على المؤجر بالمسمى ؛ ثم يرجع المؤجر على الغاصب بأجرة المثل ، وبين أن يقر العقد ويرجع على الغاصب بأجرة المثل ، لأن المنافع تلفت فى يد الغاصب ، فصار كالمبيع اذا اتلفه الأجنبى . وفى المبيع قولان اذا اتلفه الأجنبى فكذلك ههنا .

(فصـــل) وان مات الصبى الذى عقد الاجارة على ارضاعه فالمنصوص انه ينفسخ العقد ، لأنه تعذر استيفاء المعقود عليه ، لأنه لا يمكن اقامة غـيره مقامه لاختلاف الصبيان فى الرضاع فبطل . ومن اصحابنا من خرج فيه قولا آخر انه لا ينفسخ ، لأن المنفعة باقية وانما هلك المستوفى فلم ينفسخ العقد ، كما لو استاجر داراً فمات ، فعلى هذا ان تراضيا على ارضاع صبى آخر جاز . وان تشاحا فسخ العقد ، لأنه تعذر امضاء العقد ففسخ .

(فصـــل) وان استاجر رجلا ليقلع له ضرسا فسكن الوجع ، أو ليكحل عينه فبرئت ، أو ليقتص له فعفا عن القصاص ، انفسخ العقد على المنصوص فى المسألة قبلها ، لأنه تعذر استيفاء المعقود عليه فانفسخ ، كما لو تعذر بالموت ، ولا ينفسخ على قول من خرج القول الآخر) .

الشرح إذا هرب الأجير أو شردت الدابة المستأجرة أو أخذ المؤجر العين وهرب بها ، أو منعه استيفاء المنفعة من غير هــرب على نحــو ما . لم تنفسخ الاجارة ، لكن يثبت للمستأجر خيار الفسخ ، فإن فسخ فلا كلام ، وإن لم يفسخ انفسخت الاجارة بمضى المدة يوما فيوما ، فإن عادت العين فى أثناء المدة استوفى ما بقى منها ، فإن انقضت المدة انفسخت الاجارة لفوات المعقود عليه ، وإن كانت الإجارة على موصوف فى الذمة ، كخياطة ثوب أو بناء حائط أو حمل إلى موضع معين استؤجر من ماله من يعمله ، كما لو أسلم إليه فى شيء فهرب ابتيع من ماله ، فإن لم يمكن ثبت للمستأجر الفســخ ، فإن فسخ فلا كلام ، وإن لم يفسخ وصبر الى أن يقدر عليــه فله مطالبتــه بالعمل ، لأن ما فى الذمة لا يفوت بهربه وكل موضع امتنع الأجير من العمل فيه أو منع المؤجر المستأجر من الانتفاع إذا كان بعد عمل البعض فلا أجر له فيه على ما سبق ؛ إلا أن يرد العين قبل انقضاء المدة أو يتم العمــل — إن لم يكن على مدة — قبل فسخ المستأجر ، فيكون له أجر ما عمل .

فأما إن شردت الدابة أو تعذر استيفاء المنفعة بغير فعل المؤجر فله من الأجر بقدر ما استوفى بكل حال ، وإلى هذا كله ذهب الحنابلة .

فــرع إذا غصبت العين المستأجرة من يد المستأجر ففيه قولان : أحدهما : للمستأجر الفسخ لأن فيه تأخير حقه ؛ فإن فسخ فالحكم فيه كما لو انفسخ العقد بتلف العين سواء وإن لم يفسخ حتى انقضت مدة الإجارة فله الخيار بين الفسخ والرجوع بالمسمى ؛ وبين البقاء على العقد ومطالبة الغاصب بأجرة المثل ، لأن المعقود عليــه لم يفت مطلقــا بل إلى بدل وهو القيمة ، فأشبه ما لو أتلف الثمرة المبيعة آدمى قبل قطعها ، ويتخرج انفساخ العقد بكل حال على القول بأن منافع الغصب لا تضمن ، وهو محل خلاف بين أصحابنا ، وهو قول أصحاب الرأى وأصحاب أحمد .

(والثانى) لا تخيير ، بل ينفسخ ويرجع المستأجر على المؤجر بالمسمى ويرجع المؤجر على الغاصب بأجرة المثل وقول ثالث لم يذكره المصنف ، وهو قول ابن الرفعة : لا خيار ولا فسخ أخــذاً منّ النص ؛ وقد اســتشهد له الغزى قال الرملى فيه نظر . وقال الأذرعى هو مشكل وما أظن الأصــحاب يسمحون به .

وإن كانت الاجارة على عمل فى الذمة كخياطة ثوب أو حمــل شىء إلى موضع معين فغصبَت الماكينة التى يخيط بها ، أو العربة التى يحمل عليهــا ينفسخ العقد وللمستأجر مطالبة الأجير بعوض المغصوب وإقامة من يعمل العمل ، لأن العقد على ما فى الذمة كما لو وجد بالمسلم فيه عيبا فرده ، فإن تعذر البدل ثبت للمستأجر الخيار بين الفسخ أو الصبر إلى أن يقدر على العين المغصوبة فيستوفى منها .

فـــرع وتنفسخ الإجارة بموت الطفل ، لأنه يتعذر استيفاء المعقود عليه لأنه لا يمكن إقامة غيره مقامه لاختلاف الصبيان فى الرضاع واختلاف اللبن باختلافهم ، فإنه قد يدر على أحد الولدين دون الآخر ، وهذا هــو منصوص الشافعى ، فإذا انفسخ العقد بطلت الإجارة من أصلها بالأجر كله وإن كان فى أثناء المدة رجع بحصة ما بقى .

ومن أصحابنا من خرج قولا آخر أنه لا ينفسخ ؛ لأن المنفعة باقية ببقاء المرضعة وإنما المستوفى هو الذى هلك والعقد باق بين المتعاقدين فاذا تراضيا على إرضاع صبى آخر جاز وإلا انفسخ العقد .

أما إذا ماتت المرضعة فإن الإجارة تنفسخ لفوات المنفعة بهلاك محلها . وحكى عن بعض أصحاب أحمد أنها لا تنفسخ ، وكذلك ذهب بعض الأصحاب وقالوا : يجب فى مالها أجر من ترضعه تمام الوقت لأنه كالدين .

فـــرع يجوز أن يستأجر طبيبا يخلع له ضرسه لأنها منفعـة مباحة مقصودة فجاز الاستئجار على فعلها كالختـان فإذا برأ الضرس قبل قلعـه انفسخت الاجارة لأن قلعه سليما لا يجوز ، وإن لم يبرأ لكن امتنع المستأجر من قلعه لم يجبر عليه لأن إتلاف جزء من الآدمى محرم فى الأصل وإنما أبيح القلع إذا صار بقاؤه ضررا ، والأمر مفوض إلى الإنسان فى نفسه إذا كان أهلا لذلك . وصاحب الضرس أعلم بمضرته ومنفعته . وكذلك إذا استأجر طبيبا فى الرمد ليكحل عينه بالنترات والأكاسيد فلم تبرأ عينه استحق الأجر وبه قال أكثر الفقهاء .

وقال مالك : إنه لا يستحق آجراً حتى تبرأ عينه ، ولم يحك ذلك أصحابه، وهو فاسد لأن المستأجر قد وفى العمل الذى وقع العقد عليه فوجب له الأجر وإن لم يحصل الغرض ، كما لو استأجره لبناء حائط يوما أو لخياطة قميص فلم يتمه فيه فإن برأت عينه فى أثناء المدة انفسخت الاجارة فيما بقى مـن المدة ؛ لأنه قد تعذر العمل فأشـبه ما لو حجر عنـه لأمـر غالب ، وكذلك لو مات ، فإن امتنع من العلاج فلم يستعمله مع بقاء المرض استحق الطبيب الأجر بمضى المدة كما لو استأجره يوما للبناء فلم يسـتعمله فيـه ، فأما إن شارطه على البرء فإن مذهبنا ومذهب أحمد بن حنبل أن ذلك يكون جعالة فلا يستحق شيئا حتى يتحقق البرء ، سواء وجد قريباً أو بعيدا ، فإن برىء بغير دوائه أو تعذر علاجه لموته أو غير ذلك من الموانع التى هى من جهـة المستأجر فله أجر مثله ، كما لو عمل العامل فى الجعالة ثم فسخ العقد ، وإن امتنع لأمر من جهة الجاعل أو غير الجاعل فلا شىء له على تفصيل سـيأتى فى الجعالة إن شاء الله .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصــــل) وان مات الأجير فى الحج قبل الاحرام ـ نظرت ، فان كان العقد على حج فى الذمة ـ استؤجر من تركته من يحــج ، فان لم يمكــن ثبت للمستأجر الخيار فى فسخ العقد كما قلنا فى السلم ؛ وان كان على حجه بنفسه انفسخ العقد ، لأنه تلف المعقود عليه قبل القبض ، فان مات بعد ما اتى بجميع الأركان ، وقبل المبيت والرمى سقط الفرض لأنه اتى بالأركان ، ويجب فى تركته الدم لما بقى كما يجب ذلك فى حج نفسه .

وان مات بعد الاحرام وقبل ان ياتى بالأركان فهل يجوز أن يبنى غــيره على عمله ؟ فيه قولان ، قال فى القديم : يجوز ، لأنه عمل تدخله النيابة ، فجاز البناء عليه كسائر الأعمال . وقال فى الجديد : لا يجوز . وهو الصحيح . لأنه عبادة يفسد اولها بفساد آخرها فلا تتأدى بنفسين كالصوم والصلاة . فان قلنا : لا يجوز البناء فان كانت الاجارة على عمل الأجير بنفسه بطلت ، لأنه مات المعقود عليه ، ويستاجر المستاجر من يستأنف الحج .

وان كانت الاجارة على حج فى الذمة لم تبطل . لأن المعقود عليه لم يفت بموته . فان كان وقت الوقوف باقيا استؤجر من تركته من يحج وان فات وقت الوقوف فللمستاجر أن يفسخ لأنه تأخر حقه فثبت له الفسخ .

وان قلنا : يجوز البناء على فعل الأجير ـ فان كانت الاجارة على فعــل الأجير بنفسه ـ بطلت لأن حجه فات بموته . فان كان وقت الوقوف باقيــاً اقام المستأجر من يحرم بالحج ويبنى على عمل الأجير ، وان كان بعد فوات وقت الوقوف اقام من يحرم بالحج ويتم . وقال ابو اسحاق : لا يجوز للبانى ان يحرم بالحج ، لأن الاحرام بالحج فى غير اشهر الحج لا ينعقد ، بل يحــرم بالعمرة ويتم ، والصحيح هو الأول ، لأنه لا يجوز أن يطوف فى العمرة ويقع عن الحج ، وقوله : ان الاحرام بالحج لا ينعقد فى غير أشهر الحج لا يصح لأن هذا بناء على احرام حصل فى اشــهر الحج ، وان كانت الاجارة على حــج فى الذمة استؤجر من تركة الأجير من يبنى على احرامه على ما ذكرناه .

فصــــل ومتى انفسخ العقد بالهلاك او بالرد بالعيب او بتعذر المنفعــة بعد استيفاء بعض المنفعة قسم المسمى على ما استوفى وعلى ما بقى ، فما قابل المستوفى استقر ، وما قابل الباقى سقط ، كما يقسم الثمن على ما هلك من المبيع وعلى ما بقى ، فاذا كان ذلك مما يختلف رجع فى تقويمه الى اهــــل الخبرة ، وان كان العقد على الحج فمات الأجير او احصر ـ نظرت ، فان كان بعد قطع المسافة وقبل الاحرام ـ ففيه وجهان .

(احدهما) وهو قول ابى اسحاق : انه لا يستحق شيئا من الأجرة بناء على قوله فى الأم ان الاجرة لا تقابل قطع المسافة وهو الصحيح ، لأن الأجــرة

فى مقابلة الحج وابتداء الحج من الاحرام ، وما قبله من قطع المسافة تسبب الى الحج وليس بحج ، فلم يستحق مقابلته اجرة ، كما لو استأجر رجلا ليخبز له فاحضر الآلة وأوقد النار ومات قبل أن يخبز .

(والثانى) وهو قول ابى سعيد الاصطخرى وابى بكر الصيرفى انه يستحق من الأجرة بقدر ما قطع من المسافة بناء على قوله فى الاملاء أن الاجرة تقابل قطع المسافة والعمل ، لأن الحج لا يتادى الا بهما فقسطت الأجرة عليهما .

وان كان بعد الفراغ من الأركان وقبل الرمى والمبيت ففيه طريقان :

(احدهما) يلزمه ان يرد من الأجرة بقدر ما ترك قولا واحداً لأنه ترك بعض ما استؤجر عليه فلزمه رد بدله ، كما لو استؤجر على بناء عشرة اذرع فبنى تسعة .

ومنهم من قال : فيه قولان :

(احدهما) يلزمه لما ذكرناه (والثانى) لا يلزمه لأن ما دخل على الحج من النقص بترك الرمى والمبيت جبره بالدم ، فصار كما لو لم يتركه ، وان كان بعد الاحرام وقبل أن يأتى بباقى الأركان ففيه قولان :

(احدهما) لا يستحق شيئا كما لو قال : من رد عبدى الآبق فله دينار ، فرده رجل الى باب البلد ثم هرب .

(والثانى) انه يستحق بقدر ما عمله وهو الصحيح ، لأنه عمل بعض ما استؤجر عليه ، فاشبه اذا استؤجر على بناء عشرة اذرع فبنى بعضها ثم مات .

فاذا قلنا انه يستحق بعض الأجرة فهل تقسط الأجرة على العمل والمسافة ، او على العمل دون المسافة ؟ على ما ذكرناه من القولين) .

الشرح إذا مات الأجير فى أثناء الحج فله أحوال :

١ ـ يموت بعد الشروع فى الأركان وقبل الفراغ منها .

٢ ـ أن يموت بعد الشروع فى السفر وقبل الإحرام .

٣ ـ أن يموت بعد الفراغ من الأركان وقبل الفراغ من باقى الأعمال .

فأما الأولى وهى الموت بعد الشروع وقبل الفراغ من الأركان ففى استحقاق الأجرة قولان مشهوران أوردهما المصنف هنا (أحدهما) لا يستحق

شيئاً لأنه لم يحصل المقصود فهو كما لو قال : من رد ضالتي فله دينار فرده إلى باب الدار ثم هربت أو ماتت فإنه لا يستحق شيئاً ، وأصحهما عند المصنف ، ووافقه النووي والأصحاب يستحق بقدر عمله ؛ لقيامه بجزء مما استؤجر له فوجب له بقدره كمن استؤجر لقطع عشرة أميال فقطع بعضها أو باع عشرة أذرع فبنى بعضها ثم مات فإنه يستحق بقدره بخلاف الجعالة فإنها ليست عقداً لازما ، ولكنها التزام بشرط فان لم يوجد الشرط تاما فانه لا يلزمه شيء كالطلاق المعلق ، ونقل النووي عن الشيخ أبي حامد والأصحاب القول الأول وهو نص الشافعي فى القديم والثانى) نصه فى الجديد والأم وهو الأصح .

وسواء مات بعد الوقوف بعرفة أو قبله ففيه القولان ، هذا هو المذهب .

وحكى الرافعي وجها شاذاً أنه يستحق بعده ، ثم فى استحقاقه — إذا قلنا به — هل يكون على الأعمال والمسافة معا أم على الأعمال فقط ؟ قولان . أصحهما على الأعمال والمسافة جميعاً عند الأكثرين ؛ وممن صححه الرافعي، وأصحهما عند المصنف وطائفة على الأعمال فقط ، وفى المسألة طريق آخر ساقه النووي عن ابن سريج أنه إن قال : استأجرتك لتحج عنى قسط على العمل فقط ، وإن قال لتحج من بلد كذا قسط عليهما جميعا ؛ وحمل القولين على هذين الحالين .

وأما الحال الثانية : وهي أن يموت قبل الاحرام وبعد الشروع فى السفر، ففيه وجهان مشهوران الصحيح ومنصوص الشافعي فى القديم والجديد ، وبه قطع الجمهور : لا يستحق شيئاً من الأجرة لأنه لم يقم بشيء من أعمال الحج ، وليست المسافة بسبب الحج من الحج كما لو أجر خبازاً ليخبز له فاستحضر أدواته وأوقد تنوره ثم مات قبل أن يخبز فلا استحقاق له ، وساق النووي تعليلا لغير المصنف بأنه لم يحصل شيئاً من المقصود .

(والوجه الثاني) وهو قول أبي سعيد الاصطخري وأبي بكر الصيرفي : يستحق من الأجرة بقدر ما قطع من المسافة . وحكى الرافعي وجهاً ثالثاً عن

أبى الفضل بن عبدان أنه إن قال : استأجرتك لتحج من بلد كذا استحق بقسطه ، ثم فى البناء على فعل الأجير تظر ، إن كانت إجارة عين انفسخت ولا بناء لورثة الأجير كما لو لم يكن له أن يستنيب ، وهل للمستأجر أن يستأجر من يبنى ؟ فيه القولان السابقان فى الفرع قبله فى جواز البناء ، وإن كانت الاجارة على الذمة ، فان قلنا : لا يجوز البناء فلورثة الأجير أن يستأجروا من يستأنف الحج عن المستأجر ، فإن أمكنهم فى تلك السنة لبقاء الوقت فذاك ، وإن تأخر إلى القابل ثبت الخيار فى فسخ الإجارة ، فإن جوزنا البناء فلورثة الأجير أن يبنوا .

وأما الحالة الثالثة : وهى موته قبل الفراغ من الأعمال بعد أدائه الأركان فينظر ، إن كان قد فات وقتها أو لم يفت ولم نجوز البناء يجبر الباقى بالدم من مال الأجير ، وفى رد شىء من الأجرة الخلاف فيمن أحرم بعد مجاوزة الميقات ولم يعد إليه وجبره بالدم ، المذهب وجوب الرد وإن جوزنا البناء وكان الوقت متسعا فإن كانت الاجارة على العين انفسخت فى الباقى من الأعمال ، ووجب رد ما يقابلها من الأجرة ، ويستأجر المستأجر من يرمى ويبيت ، ولا حاجة إلى الإحرام لأن الرمى والمبيت يؤديان بعد التحلل ، ولا يلزم بذلك دم ولا شىء من الأجرة ، هكذا ذكره المتولى وغيره ، والله تعالى أعلم بالصواب .

فــرع إذا وقعت الإجارة على عين مثل أن يستأجر عبداً للخدمة أو لرعاية الغنم أو جملا للحمل أو للركوب فتلفت انفسخ العقد بتلفها ، وإن خرجت مستحقة تبينا أن العقد باطل ، وإن وجد بها عيباً فردها انفسخ العقد ولم يملك إبدالها ؛ لأن العقد على معين فثبتت هذه الأحكام كما لو اشترى عيناً وإن وقعت على عين موصوفة فى الذمة انعكست هذه الأحكام ، فمتى سلم إليه عيناً فتلفت لم تنفسخ الإجارة ، ولزم المؤجر إبدالها ، وإن خرجت مغصوبة لم يبطل العقد ولزم بدلها ، وإن وجد بها عيباً فردها فكذلك ، لأن المعقود عليه غير هذه العين وهذه بدل عينه فلم يؤثر تلفها ولا غصبها ولا ردها بعيب فى إبطال العقد كما لو اشترى بثمن فى الذمة على ما مضى فى موضعه .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل وان اجر عبداً ثم اعتقه صح العتق لانه عقد على منفعة فلم يمنع العتق ، كما لو زوج امته ثم اعتقها ، ولا تنفسخ الاجارة كما لا ينفسخ النكاح ، وهل يرجع العبد على مولاه بالأجرة ؟ فيه قولان (قال فى الجديد) : لا يرجع ، وهو الصحيح لأنها منفعة استحقت بالعقد قبل العتق ، فلم يرجع ببدلها بعد العتق ، كما لو زوج امته ثم اعتقها . وقال فى القديم : يرجع لانه فوت بالاجارة ما ملكه من منفعته بالعتق ، فوجب عليه البدل ، فان قلنا : يرجع بالأجرة ، كانت نفقته على نفسه ، لانه ملك بدل منفعته فكانت نفقته عليه ، كما لو أجر نفسه بعد العتق ، وان قلنا : لا يرجع بالأجرة ففى نفقته وجهان :

(احدهما) انها على المولى ، لانه كالباقى على ملكه بدليل انه يملك بـدل منفعته بحق الملك ، فكانت نفقته عليه .

(والثانى) انها فى بيت المال لانه لا يمكن ايجابها على المولى ، لانه زال ملكه عنه ، ولا على العبد لانه لا يقدر عليها فى مـدة الاجارة ، فكانت فى بيت المال) .

الشرح إذا أجر عبده مدة ثم أعتقه فى أثنائها صح العتق ولم يبطل عقد الإجارة وهل يرجع العبد على مولاه بالأجرة ؟ (قال فى القديم) : يرجع على مولاه بأجر المثل ، لأن المنافع تستوفى منه بسبب كان من جهة السـيد فرجع به عليه كما لو أكرهه بعد عتقه على ذلك العمل .

(وقال فى الجديد) لا يرجـع على مـولاه بشئ وهو مذهب أحمـد وأصحابه ، لأنها منفعة استحقت بالعقد قبل العتق فلم يرجع ببدلها ، كمـا لو زوج أمته ثم أعتقها بعد دخول الزوج بها ، فإن ما يستوفيه السيد لا يرجع به عليه ، ويخالف المكره ، فإنه تعدى بذلك .

وقال أبو حنيفة : للعبد الخيار فى الفسخ أو الامضاء ، كالصبى إذا بلغ للمعنى الذى ذكره هنا . ولنا أنه عقد لازم عقده على ما يملكه فلا ينفسـخ بالعتق ولا يزول ملكه عنه ، كما لو زوج أمته ثم باعها .

اذا ثبت هذا ففى نفقته وجهان (أحدهما) أنها على معتقه لأنه كالباقى على ملكه بدليل أنه يملك عوض نفعه ، ولأن العبد يقدر على نفقة نفسـه

لأنه مشغول بالإجارة (والثانى) أنها فى بيت المال وقال أحمد بن حنبل : إذا كانت النفقة مشروطة على المستأجر فهى عليه كما كانت ، وإن لم تكن مشروطة عليه فهى على معتقه قولا واحداً لأنه كالباقى على ملكه والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصـــل) وان اجر عينا ثم باعها من غير المستاجر ففيه قولان :

(احدهما) : أن البيع باطل لأن يد المستاجر تحول دونه فلم يصح البيع ، كبيع المغصوب من غير الغاصب ، والمرهون من غير المرتهن .

(والثانى) : يصح لأنه عقد على المنفعة فلم يمنع صحة البيع . كما لو زوج امته ثم باعها ، ولا تنفسخ الاجارة كما لا ينفسخ النكاح فى بيع الأمة المزوجة . وان باعها من المستاجر صح البيع قولا واحداً ، لأنه فى يده لا حائل دونه فصح بيعها منه ، كما لو باع المغصوب من الغاصب ، والمرهون من المرتهن ، ولا تنفسخ الاجارة بل يستوفى المستأجر المنفعة بالاجارة ، لأن الملك لا ينـــافى الاجارة ، والدليل عليه أنه يجوز أن يستأجر ملكه من المستاجر ، فاذا طرأ عليها لم يمنع صحتها ، وان تلفت المنافع قبل انقضاء المدة انفسخت الاجارة ورجع المشترى بالأجرة لما بقى على البائع .

(فصـــل) فان اجر عينا من رجل ثم مات احدهما لم يبطل العقد ، لأنه عقد لازم فلا يبطل بالموت مع سلامة المعقود عليه كالبيع ، فان اجر وقفـا عليه ثم مات ففيه وجهان :

(احدهما) لا يبطل لأنه اجر ما يملك اجارته ، فلم يبطل بموته كما لو اجر ملكه ثم مات فعلى هذا يرجع البطن الثانى فى تركة المؤجر بأجرة المدة الباقية ، لأن المنافع فى المدة الباقية حق له ، فاستحق أجرتها .

(والثانى) تبطل لأن المنافع بعد الموت حق لغيره فلا ينفذ عقده عليها من غير اذن ولا ولاية ، ويخالف اذا اجر ملكه ثم مات ، فان الوارث يملك من جهة الموروث ، فلا يملك ما خرج من ملكه بالاجارة والبطن الثانى يملك غلة الوقف من جهة الواقف ، فلم ينفذ عقد الأول عليه ، وان أجر صبيا فى حجره أو أجر ماله ثم بلغ ففيه وجهان :

احدهما : لا يبطل العقد لأنه عقد لازم ، عقـده بحق الولاية فلا يبطـل بالبلوغ ، كما لو باع داره .

(والثانى) يبطل لانه بان بالبلوغ ان تصرف الولى الى هـــذا الوقت ، والصحيح عندى فى المسائل كلها ان الاجارة لا تبطل وبالله التوفيق) .

الشرح قال المــاوردى فى الحــاوى الكبــير : فإذا بيعت الدار المستأجرة فذلك ضربان .

أحدهما : أن تباع على المستأجر فالبيع جائز والاجارة بحالها ، ويصــير جامعاً بين ملك المنفعه بالاجارة والرقبة بالبيع ، والفرق بين أن يرثها المستأجر فتبطل الاجارة وبين أن يبتاعها فلا تبطل وأنه بالارث صار قائماً مقام المؤجر فلم يجز له عقد على نفسه ، وهو بالبيع لا يقوم مقام البائع إلا فيما ســمى بالعقد .

والضرب الثانى : أن تباع على أجنبى غير المستأجر ، ففى البيع قولان : (أحدهما) أنه باطل والاجارة لحالها لأن يد المستأجر ممنوعة بحق فصارت أسوأ حالا من المغصوب الذى يمنع يد المشترى منه بظلم .

(والقول الثانى) وهو الصحيح أن البيع صحيح والاجارة لازمة لأن ثبوت العقد على المنفعة لا يمنع من بيع الرقبة كالأمة المزوجة ، فعلى هــذا إن كان المشترى عالما بالأجرة فلا خيار له والأجرة للبــائع لأنه قد ملكهــا بعقده ، وإن كان غير عالم فله الخيار بين المقام والفسخ . ا هـ

قلت : وقد نص أحمد رضى الله عنه على صحة البيع ســواء باعهــا من المستأجر أو من غيره . وهو أحد قولى الشــافعى رضى الله عنــه . وقال فى الآخر : إن باعها لغير المستأجر لم يصح البيع ، لأن يد المستأجر حائلة تمنع التسليم إلى المشترى فمنعت الصحة كما فى المغصوب .

فإذا ثبت هذا فإن المشترى يملك المبيع مسلوب المنفعة إلى حين انقضاء الاجارة ، ولا يستحق تسليم العين إلا حينئذ ، لأن تســليم العين إنما يراد لاستيفاء نفعها ، ونفعها إنما يستحقه إذا انقضت الاجارة فيصير هذا بمنزلة من اشترى عينا فى مكان بعيد ، فإنه لا يستحق تسليمها إلا بعد مضى مــدة

يمكن إحضارها فيها ، كالمسلم إلى وقت لا يستحق تسليم المسلم فيه إلا فى وقته ، فإن لم يعلم المشترى بالاجارة فله الخيار بين الفسخ وإمضاء البيع بكل الثمن . لأن ذلك عيب ونقص . وعلى هذا إذا اشتراها المستأجر صح البيع أيضاً . لأنه يصح بيعها لغيره فله أولى لأن العين فى يده ، وهل تبطل الإجارة ؟ لا تبطل الاجارة عندنا قولا واحداً . وعند أحمد وأصحابه وجهان .

(أحدهما) وهو المذهب عندنا عدم البطلان لأنه تملك المنفعة بعقد ثم ملك الرقبة المسلوبة بعقد آخر فلم يتنافيا ، كما يملك الثمرة بعقد ثم يملك الأصل بعقد آخر ، ولو أجر الموصى بالمنفعة مالك الرقبة صحت الإجارة ، فدل على أن ملك المنفعة لا ينافى العقد على الرقبة . كذلك لو استأجر المالك العين المستأجرة من مستأجرها جاز . فعلى هذا يكون الأجر باقيا على المشترى وعليه الثمن ويجتمعان للبائع كما لو كان المشترى غيره .

والوجه الثانى : تبطل الاجارة فيما بقى من المدة لأنه عقد على منفعة العين فبطل ملك العاقد للعين كالنكاح ، فإنه لو تزوج أمة ثم اشتراها بطل نكاحه ، قالوا : ولأن ملك الرقبة يمنع ابتداء الاجارة فمنع استدامته كالنكاح ، فعلى هذا يسقط عن المشترى الأجر فيما بقى من الاجارة بتلف العين ، وإن كان المؤجر قد قبض الأجر كله حسب عليه باقى الأجر من الثمن والله تعالى أعلم .

فـــرع قال المزنى : قال الشافعى ولا يفسخ بموت أحدهما إذا كانت الدار قائمة وليس الوارث بأكثر من الموروث الذي عنه ورثوا . ا هـ

اذا ثبت هذا فإن عقد الاجارة لازم لا ينفسخ بموت المؤجر ولا المستأجر وبه قال مالك وأحمد وإسحاق . وقال أبو حنيفة وسفيان والليث ابن سعد : الاجارة تبطل بموت المؤجر والمستأجر استدلالا بأن عقود المنافع تبطل بموت العاقد كالنكاح والمضاربة والوكالة ولأن الاجارة تفتقر إلى مؤجر ومؤاجر فلما بطلت بتلف المؤاجر بطلت بتلف المؤجر ، وتحريره قياسا على أنه عقد اجارة يبطل بتلف المؤاجر فوجب أن يبطل بتلف الموجر قياساً عليه إذا أجر نفسه ، ولأن زوال ملك المؤجر عن رقبة المؤاجر يوجب فسخ

الإجارة قياساً عليه إذا باع ما أجره برضى المستأجر ؛ ولأن منافع الاجارة إنما تستوفى بالعقد والملك ، وقد زال ملك المؤجر بالموت وإن كان عاقداً والوارث لا عقد عليه وإن صار مالكا ، فصارت متنقلة من العاقد إلى من ليس بعاقد ، فوجب أن يبطله لتنافى اجتماع العقد والملك .

ودليلنا هو أن ما لزم من عقود المعاوضات المحضة لم ينفسخ بموت أحد المتعاقدين كالبيع فإن قيل : ينتقض بموت من أجر نفسه لم يصح لأن العقد إنما يبطل بتلف المعقود عليه لا بموت العاقد ، ألا تراه لو كان حيا فزمن بطلت الاجارة ، وإن كان العاقد حيا ، ولأن السيد قد يعاوض على بضع أمته بعقد النكاح كما يعاوض على خدمتها بعقد الاجارة فلما لم يكن موته مبطلا للعقد على بضعها لم يبطل بالعقد على استخدامها . ويتحرر من هذا الاعتلال قياسان :

(أحدهما) أنه عقد لازم على منافع ملكه فلم يبطل بموته كالنكاح على أمته .

(والثانى) أنه أحد منفعتى الأمة فلم يبطل بموت السيد كالمنفعة الأخرى، ولأن المنافع قد تنتقل بالمعاوضة كالأعيان فجاز أن تنتقل بالارث كالأعيان ويتحرر من هذا الاعتلال قياسان :

(أحدهما) أن ما صح أن ينتقل بعوض صح أن تنتقل به المنافع فى الاجارات ولأن بالموت يعجز عن إقباض ما استحق تسليمه بعقد الاجارة فلم يبطل بعد العقد كالجنون والزمانة ، ولأنه عقد لا يبطل بالجنون فلم يبطل بالموت كالبيع ، ولأن منافع الأعيان مع بقاء ملكها قد يستحق بالرهن تارة وبالإجارة أخرى . فلما كان ما تستحق منفعته بارتهانه إذا انتقل ملكه بالموت لم يوجب بطلان رهنه وجب أن يكون ما استحقت منفعته بالإجارة إذا انتقل ملكه بالموت لم يوجب بطلان إجارته ، وقد استدل الشافعي بهذا فى الأم .

ولأن الوارث إنما يملك بالإرث ما كان يملكه المورث والموروث إنما كان يملك الرقبة دون المنفعة فلم يجز أن يصير الوارث مالكا للرقبة والمنفعة ،

ولأن إجارة الوقف لا تبطل بموت مؤجره بوفاق أبي حنيفة . وإن قال بعض أصحابنا : تبطل ؛ فكذلك إجارة الملك لا تبطل بموت مؤجره كالوقف .

وأما الجواب عن قياسه على النكاح والمضاربة مع انتقاضه بالوقف فهو أنه إن رده إلى النكاح فالنكاح لم يبطل بالموت ، وإنما انقضت مدته بالموت فصار كانقضاء مدة الاجارة وان رده الى المضاربة والوكالة فالمعنى فيهما عدم لزومهما فى حال الحياة ، وجواز فسخهما بغير عذر ، وليست الاجارة كذلك للزومها فى حال الحياة .

(وأما الجواب) عن قياسه على انهدام الدار ، فهو أن المعني فيه فوات المعقود عليه قبل قبضه .

(وأما الجواب) عن قياسه على ما إذا باع ما أجر برضى المستأجر فهو غير مسلم الأصل لأن الاجارة لا تبطل بالبيع عن رضاه كما لا تبطل بالبيع عن سخطه ، وإنما البيع مختلف فى إبطاله ثم ينتقض على أصله بعتق العبد المؤاجر قد زال ملك سيده عن رقبته مع بقاء الاجارة عليها ، فكذلك إذا زال بالبيع والموت .

(وأما الجواب) عن استدلاله بأن المنافع تستوفى بعقد وملك وهذا مفترق بالموت ؛ فهو أن اجتماعهما يعتبر عند العقود ولا يعتبر فيما بعد كما لو أعتق أو باع ولا يمتنع أن يستوفى من يد الوارث ما لم يعاقد عليه كما يستوفى منه ثمن ما اشتراه الموروث ويقبض منه أعيان ما ترك الموروث لأن المورث قد ملك عليه ذلك بعقده فلم يملكه الوارث بموته .

فأما قول الشافعي : فإن قيل : فقد انتفع المكترى بالثمن قيل : كما لو أسلم فى متاع لوقت فانقطع ذلك أو ابتاع متاعا غائبا ببلد ودفع الثمن فهلك المتاع رجع بالثمن وقد انتفع به البائع فهذا سؤال أورده الشافعي ؛ وقد اختلف أصحابنا فى مراده فقال أبو إسحاق المروزى : أراد به الرد على من أجل الأجرة ومنع من حلولها لئلا ينتفع المكرى بالأجرة قبل انتفاع المكترى بالمنفعة ، وقد تنهدم الدار فتفوت المنفعة فقال الشافعي : مثل هذا ليس

يمتنع كما أن بائع السلم قد يتعجل مقتضى الثمن وينتفع به وقد يهلك المسلم فيه عند محله فيسترجع ثمن ما انتفع به البائع دون المشترى ، وكما يقبض غائب عنـــه فيتلف قبل قبضه فيرد ثمنه بعد الانتفاع به وقال أبو العبـــاس ابن سريج : يحتمل أن يريد به الرد على من أبطل الاجارة بموت المؤجر لئلا ينتفع المؤجر بالأجرة ويلزم وارثه تسليم المنفعة فأجاب عنه بما ذكرنا مـــن الجوابين .

وقال أبو حامد الاسفرايينى : إنما أراد به أن انهدام الدار وموت العبد فى تضاعيف المدة يبطل الإجارة فيما بقى ويوجب أن يرد من الأجرة بقسطها ، وإن انتفع المكرى بها ولم ينتفع المكترى بما قابلها فأجاب بما ذكرنا مـــن انتفاع البائع بثمن المسلم فيه وتلف العين الغائبة .

وقال المزنى : هذا تجويز بيع الغائب ، وعنه جوابان (أحدهمـــا) أنه محمول على أحد قوليه (والثانى) أنه محمول على بيع غائب قدراه .

فإذا ثبت أن إجارة الملك لا تبطل بموت المؤجر والمستأجر انتقل الكلام إلى إجارة الوقف ، فإن أجر ولا حق له فى غلته صحت إجارته ولم تبطـــل بموته لأنه لم يؤجر ملكه وإنما ناب عن غيره ، وإن أجره من يستحق غلتـــه ويستوجب أجرته لكونه وقفا عليه فقد اختلف أصحابنا فى بطلان الإجارة بموته على وجهين .

(أحدهما) وهو قول أبى على بن أبى هريرة : أن الإجارة قد بطلت بموته وانتقال المنفعة إلى غيره ، وفرق بين الملك والوقف بأن وارث الملك يملك عن المؤجر فلم يملك ما خرج عن ملك المؤجر ، وليس كذلك الوقف ، لأن مؤجره يملك منفعته مدة حياته ، فإذا فقد انقطع ملكه وانتقل إلى من بعده بشرط الوقف بالإرث .

(الوجه الثانى) وهو الأظهر : الاجارة لا تبطل لأن مؤجره وال قـــد أجره فى حق نفسه وحق من بعده بولايته ، فإذا انقضى حقه بموته صحت

إجارته فى حق من بعده بولايته فإن كان قد استوفى الأجرة استرجع من تركته أجرة ما بقى من المدة بعد موته .

وإذا استأجر الرجل من أبيه داراً سنة ودفع إليه الاجرة ثم مات الأب نظرت فإن لم يكن له غير هذا الابن المستأجر فقد سقط حكم الإجارة لأنه صار مالكا للدار والمنفعة إرثاً فامتنع بقاء عقده على المنفعة، فإن لم يكن على أبيه دين فقد صارت الدار مع التركة إرثاً وان كان على أبيه دين ضرب مع الغرماء بقدر الأجرة، لأنها صارت بانفساخ الاجارة بالإرث ديناً على الأب فساوى الغرماء فيها ، فلو كان للأب ابن آخر انفسخت الاجارة فى نصف الدار وهو حصة المستأجر ولزمت فى حصة الابن الآخر ورجع المستأجر منهما بنصف الأجرة فى تركة أبيه لأنها صارت دينا عليه . فإذا أجر الأب أو الوصى صبيا ثم بلغ الصبى فى مدة الاجارة رشيداً فالاجارة لازمة لا تنفسخ ببلوغه والله تعالى أعلم .

فرع فى مذاهب العلماء فى عمل السمسار

يجوز أن يستأجر سمساراً يشترى له ما يشتهيه ، وبه قال أحمد بن حنبل وقد رخص فيه ابن سيرين وعطاء والنخعى ، وكرهه الثورى وحماد ابن سلمة .

ويجوز على مدة معلومة مثل الأسبوع والأسبوعين ويجعل له أجراً معلوماً على عمل معلوم . فإن عين العمل دون الزمان فجعل له من كل ألف درهم شيئاً معلوماً صح أيضاً . وإن قال : كلما اشتريت ثوبا فلك درهم أجراً وكانت الثياب معلومة بصفة أو مقدرة بثمن جاز .

وقال أحمد بن حنبل : إذا لم تكن الثياب معلومة بصفة أو مقدرة بثمن لم يجز ، لأن الثياب تختلف باختلاف أثمانها والأجر يختلف باختلافها ، فإن اشترى فله أجر مثله . وهذا قول أبى ثور وابن المنذر لأنه عمل عملا بعوض لم يسلم له فكان له أجر المثل كسائر الإجارات .

وإذا استأجره ليبيع له ثياباً بعينها صح وبه قال أحمد بن حنبل . وقال أبو حنيفة : لا يصح لأن ذلك يتعذر عليه فأشبه ضراب الفحل وحمل الحجر الكبير .

ولنا أنه عمل مباح تجوز النيابة فيه وهو معلوم فجاز الاستئجار عليه كشراء الثياب ؛ ولأنه يجوز عقد الإجارة عليه مقدراً بزمن فجاز مقدراً بالعمل كالخياطة وقولهم : إنه غير ممكن لا يصح ، فان الثياب لا تنفك عن راغب فيها ، ولذلك صحت المضاربة ؛ ولا تكون الا بالبيع والشراء بخلاف ما قاسوا عليه فإنه متعذر .

وإن استأجره على شراء ثياب معينة احتمل ألا يصح لأن ذلك لا يكون إلا من واحد وقد لا يبيع فيتعذر تحصيل العمل بحكم الظاهر بخلاف البيع . وان استأجره فى البيع لرجل بعينه فهو كما لو استأجره لشراء ثياب بعينها . ويحتمل أن يصح لأنه ممكن فى الجملة . فإن حصل من ذلك شيء استحق ، وإلا بطلت الاجارة كما لو لم يعين البائع ولا المشترى .

قال مالك : لا ضمان على السمسار الخير بفتح الخاء وكسر الياء المشددة أى ذى خير وأمانة إذا ادعى ضياع شيء مما بيده بغير تفريط ولا تعد كذا أفتى ابن رشد وقال الصاوى : وقيل لا ضمان عليه مطلقاً وقال عياض : هو المعروف من مالك وأصحابه لأنهم وكلاء وليسوا بصناع .

فرع فى مذاهب العلماء فى عمل الخادم

يجوز أن يستأجر لخدمته من يخدمه كل شهر بشيء معلوم ، وسواء كان الأجير رجلاً أو امرأة حراً أو عبداً . وبهذا قال أبو حنيفة وأحمد وأبو ثور ، لأنه تجوز النيابة فيه . ولا يختص عامله بكونه من أهل القربة . ومقتضى قياس المذهب أن أجير المشاهرة يحق له أن يشهد الجمعات والأعياد .

وقال أحمد : لا يشترط ذلك . قيل له : فيتطوع بالركعتين ؟ قال : ما لم

يضر بصاحبه إنما آباح له ذلك لأن أوقات الصلاة مستثناة من الخدمة . ولهذا وقعت مستثناة فى حق المعتكف بترك معتكفه لها .

وقال ابن المبارك : لا بأس أن يصلى الأجير ركعات السنة وقال آبو ثور وابن المنذر وجهه ليس له منعه منها . وقال أحمد : يجوز للرجل أن يستأجر الأمة والحرة للخدمة ولكن يصرف عن الحرة النظر وليست الأمة مثل الحرة. ولا يخلو معها فى بيت ولا ينظر إليها متجردة ، ولا إلى شعرها . انما قال ذلك لأن حكم النظر بعد الاجارة كحكمه قبلها : وفرق بين الأمة والحرة لأنهما يختلفان قبل الاجارة فكذلك بعدها .

فرع فى مذاهب العلماء فى استئجار الناسخ والطابع للكتب

يجوز أن يستأجر ناسخاً لينسخ له كتب فقه أو حديث أو تفسير أو ديوان شعر مباح على ما سيأتى فى الشهادات من بيان الشعر المباح وغيره . كما يجوز أن يؤجر من يصف الحروف ومن يطبعها ، ومن يقرأ له تجارب الطبع قبل إعطاء أمر الطبع ، كل ذلك مقدراً بالصفحة أو الملزمة وعدد السطور وعرضها وطولها ، وسمك الحروف وصغرها وكبرها . وبهذا يأخذ أحمد فى قياس مذهبه على ما نص عليه أحمد فى رواية مثنى بن جامع وقد سأله عن كتاب الحديث بالأجر فلم ير به بأساً .

ويجوز تقدير الأجر بأجزاء الفرع . ويجوز بأجزاء الأصل المنسوخ منه . وإن قاطعه ناسخ الأصل بأجر واخد جاز . وإن أخطأ بالشىء اليسير الذى جرت العادة به عفى عنه لأن ذلك لا يمكن التحرز منه ، وان أسرف فى الغلط بخيث يخرج عن العادة فهو عيب يرد به قال ابن عقيل من أصحاب أحمد : وليس له محادثة غيره حالة النسخ ولا التشاغل بما يشغل سره ويوجب غلطه (قلت) وكذلك جامع الحروف فى قياس هذا الأصل ، ولا لغيره تحديثه وشغله ، وكذلك كل الأعمال التى تختل بشغل السر والقلب كالقصارة والنساجة ونحوها .

فرع في مذاهب العلماء في استئجار الناسخ للمصحف

يجوز أن يستأجر من يكتب له مصحفاً في قول أكثر أهل العلم وروى ذلك عن جابر بن زيد ومالك بن دينار ، وهو قول أحمد بن حنبل وأبي حنيفة وأبي ثور وابن المنذر .

وقال ابن سيرين : لا بأس أن يستأجر الرجل شهراً ثم يستكتبه مصحفاً ، وكره علقمة كتابة المصحف بالأجر ، ولعله يرى أن ذلك مما يختص فاعله بكونه من أهل القربة فكره الأجر عليه كالصلاة .

ولنا أنه فعل مباح يجوز أن ينوب فيه الغير عن الغير فجاز أخذ الأجر عليه ككتابة الحديث وقد صح عنه صلى الله عليه وسلم « أحق ما أخذتم عليه أجراً كتاب الله » وقد عقد ابن حزم فصلا في المحلى أتى فيه بأدلة المانعين والمجيزين قال :

والخبر المشهور « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم زوج امرأة من رجل بما معه من القرآن . أي ليعلمها إياه وهو قول مالك والشافعي وأبي سليمان ــ يعني داود بن علي ــ وقال أبو حنيفة والحسن بن حي : لا تجوز الأجرة على تعليم القرآن » واحتج له مقلدوه بخبر رويناه من طريق قاسم ابن أصبغ بن عبد الله بن روح عن أبي إدريس الخولاني قال : كان عند أبيٍّ بن كعب ناس يقرئهم من أهل اليمن فأعطاه أحدهم قوساً يتسلحها في سبيل الله تعالى فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم « أتحب أن يأتي بها في عنقك يوم القيامة ناراً » ورويناه أيضاً من طريق ابن أبي شيبة عن وكيع وحميد بن عبد الرحمن الرؤاسي عن المغيرة بن زياد الموصلي عن عبادة ابن نسي قاضي الأردن عن الأسود بن ثعلبة عن عبادة بن الصامت عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قصة القوس . وأيضاً من طريق أبي داود عن عمرو ابن عثمان نا بقية نا بشر بن عبد الله بن يسار عن عبادة بن نسي عن جنادة ابن أمية عن عبادة بن الصامت عن النبي صلى الله عليه وسلم بمثله ، وعن طريق سعيد بن منصور عن اسماعيل بن عياش عن عبد ربة بن سليمان

ابن عمير بن زيتون عن الطفيل بن عمرو عن رسول الله ﷺ أنه عرض له ذلك في القوس مع أبي بن كعب وفيه زيادة « أنه قال : يا رسول الله إنا نأكل من طعامهم قال : أما طعام صنع لغيرك فحضرته فلا بأس أن تأكله وأما ما صنع لك فإن أكلته فإنما تأكله بخلاقك » .

ومن طريق ابن أبي شيبة نا محمد بن ميسرة عن موسى بن على بن رباح عن أبيه أن أبيّ بن كعب غداه رجل كان يقرئه القرآن فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم « إن كان شيء يتحفك به فلا خير فيه ؛ وإن كان من طعامه وطعام أهله فلا بأس به » .

ومن طريق ابن أبي شيبة نا عفان بن مسلم نا أبان بن يزيد العطار حدثني يحيى بن أبي كثير عن زيد — هو ابن أبي سلام — عن أبي سلام — هو ممطور الحبشي — عن أبي راشد الحبراني عن عبد الرحمن بن شبل سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : « تعلموا القرآن ولا تغلوا عنه ولا تجفوا فيه ولا تأكلوا به ولا تستكثروا به » وروينا عن عوف بن مالك من قوله مثل هذا أنه قال في قوس أهداها إنسان إلى من كان يقرئه « أتريد أن تعلق قوساً من نار ؟ » .

وصح عن عبد الله بن مغفل أنه أعطاه الأمير مالا لقيامه بالناس في رمضان فأبى وقال : إنا لا نأخذ للقرآن أجراً . ومن طريق سعيد بن منصور نا خالد ابن عبد الله — هو الطحان — عن سعيد بن إياس الجريري عن عبد الله ابن شقيق قال : كان أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم يكرهون بيع المصاحف وتعليم الغلمان بالأرش ويعظمون ذلك . وصح عن إبراهيم أنه كره أن يشترط المعلم وأن يأخذ أجرا على تعليم القرآن . ومن طريق شعبة وسفيان كلاهما عن أبي إسحاق الشيباني عن أسير بن عمرو قال شعبة في روايته أن عمار بن ياسر أعطى قوماً قرأوا القرآن في رمضان فبلغ ذلك عمر فكرهه ، وقال سفيان في روايته : إن سعد بن أبي وقاص قال : من قرأ القرآن ألحقته على ألفين فقال عمر : أو يعطى على كتاب الله ثمناً ؟ وصح عن عبد الله ابن يزيد وشريح : لا تأخذ لكتاب الله ثمناً . ومن طريق حماد بن سلمة عن

عبد الله بن عثمان القرشي عن بلال بن سعد الدمشقي عن الضحاك بن قيس أنه قال لمؤذن يعلم كتاب الله : إني لأبغضك في الله لأنك تتغنى في أذانك وتأخذ لكتاب الله أجراً . وكره ابن سيرين الأجرة على كتابة المصاحف وعن علقمة أنه كره ذلك أيضاً . هذا كل ما احتجوا به وقد ذكرنا عن سعد وعمار الآن أنهما أعطيا على قراءة القرآن . ومن طريق ابن أبي شيبة عن صدقه الدمشقي عن الوضين بن عطاء قال : كان بالمدينة ثلاثة معلمين يعلمون الصبيان فكان عمر بن الخطاب يرزق كل واحد منهم خمسة عشر كل شهر ومن طريق ابن أبي شيبة نا وكيع نا مهدى بن ميمون عن ابن سيرين قال : كان بالمدينة معلم عنده أبناء أولياء الفخام فكانوا يعرفون حقه في النيروز والمهرجان .

قال أبو محمد : محمد بن سيرين أدرك أكابر الصحابة وأخذ عنهم : أبي بن كعب وأبا قتادة فمن دونهما . ومن طريق ابن أبي شيبة ، نا يزيد ابن هارون أنا شعبة عن الحكم بن عتيبة قال : ما علمت أحداً كره أجر المعلم، وصح عن عطاء وأبي قلابة إباحة أجر المعلم على تعليم القرآن وأجاز الحسن وعلقمة في أحد قوليه الأجرة على نسخ المصاحف .

أما الأحاديث في ذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فلا يصح منها شيء أما حديث أبي إدريس الخولاني أن أبي بن كعب فمنقطع لا يعرف لأبي إدريس سماع من أبي والآخر أيضاً منقطع لأن علي بن رباح لم يدرك أبي بن كعب . وأما حديث عبادة بن الصامت فأحد طرقه عن الأسود بن ثعلبة وهو مجهول لا يدرى . قاله علي بن المديني وغيره والآخر من طريق بقية ـ والثالثة من طريق إسماعيل بن عياش وهو ضعيف ثم هو منقطع أيضاً . وأما حديث عبد الرحمن بن شبل ففيه أبو راشد الحبراني وهو مجهول ، ثم لو صحت لكانت كلها قد خالفها أبو حنيفة وأصحابه ، لأنها كلها إنما جاءت فيما أعطى بغير أجرة ولا مشارطة وهم يجيزون هذا الوجه فموهوا بإيراد أحاديث ليس فيها شيء مما منعوا وهم مخالفون لما فيها ، فبطل كل ما في هذا الباب . والصحابة رضي الله عنهم قد اختلفوا فبقي الأثران الصحيحان عن رسول الله صلى الله عليه وسلم اللذان أوردنا لا معارض لهما وبالله التوفيق .

فرع فى مذاهب العلماء فى استئجار الدليل

يجوز آن يستأجر رجلا ليدله على الطريق أو يدله على أمر من أمـــور انصنعة التى يعسر عليه معرفتها إلا بمرشد خبير يعينه على طرائق صنعها سواء كان الخبير مسلما أو كافراً حيث لا يجد للأمر مسلماً ناصحاً يحسن هذا الأمر والدليل عليه ما أخرجه البخارى : نا يحيى بن بكير نا الليث بن سعد عن عقيل قال : قال ابن شهاب : أخبرنى عروة بن الزبير أن عائشة أم المؤمنين رضى الله عنها قالت : « استأجر رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبو بكر رجلا من بنى الدئل هادياً خريتاً وهو على دين كفار قريش ودفعا إليه راحلتيهـــما ، وواعداه غار ثور بعد ثلاث ليال » .

وبهذا قال أصحاب الرأى ومالك والثورى وأحمد ولا نعلم لنا مخالفاً وقد أخرج أبو داود من حديث سويد بن قيس : أتانا رسول الله صلى الله عليه وسلم فاشترى منا رجل سراويل وثم رجل يزن بأجر فقال رســـول الله صلى الله عليه وسلم : زن وأرجح » .

فرع فى منع استئجار الكهان واهل النياحة

لا تجوز الإجارة على النياحة ولا على الكهانة كالتنجيـــم وقياس الأثر ورؤية الطالع واستحضار الأرواح لأنهما معصيتان منهى عنهما لا يحل فعلهما ولا العون عليهما فالإجارة على ذلك أو المعاطاة معصية وتعـــاون على الإثم والعدوان .

قال المصنف رحمه الله تعالى

باب تضمين المستاجر والأجير

اذا تلفت العين المستأجرة فى يد المستأجر من غير فعله لم يلزمه الضمان ، لأنه عين قبضها ليستوفى منها ما ملــكه ، فلم يضمنها بالقبض كالمــرأة فى يد الزوج ، والنخلة التى اشترى ثمرتها ، وان تلفت بفعله نظرت فان كان بغير عدوان كضرب الدابة وكبحها باللجام للاستصلاح لم يضمن لأنه هلك من فعل

مستحق فلم يضمنه كما لو هلك تحت الحمل ، وان تلفت بعدوان كالضرب من غير حاجة لزمه الضمان ، لأنه جناية على مال الغير فلزمه ضمانه .

فصـــل وان اكترى ظهراً الى مكان فجاوز به المكان فهلك ــ نظرت ، فان لم يكن معه صاحبه ــ لزمه قيمته اكثر ما كانت من حين جاوز به المكان ، الى ان تلف ، لأنه ضمنه باليد من حين جاوز ، فصار كالغاصب ، وان كان صاحبه معه ــ نظرت ، فان هلك بعد نزوله وتسليمه الى صاحبه ــ لم يضمن؛ لأنه ضمنه باليد ، فبرئ بالرد كالمغصوب اذا رده الى مالكه ، وان تلف فى حال السير والركوب ضمن ، لأنه هلك فى حال العدوان ، وفى قدر الضـــمان قولان .

(احدهما) نصف قيمته ،لأنه تلف من مضمون وغير مضمون ، فـكان الضمان بينهما نصفين ، كما لو مات من جراحته وجراحة مالكه .

(والثانى) انه تقسط القيمة على المسافتين ، فما قابل مسافة الاجارة سقط ، وما قابل الزيادة يجب ، لأنه يمكن تقسيطه على قدرهما فقسط بناء على القولين فى الجلاد اذا ضرب رجلا فى القذف احدى وثمانين فمات ، وان تعادل اثنان ظهراً استاجراه وارتدف معهما ثالث من غير اذن فتلف الظهر ففيه ثلاثة اوجه :

(احدها) انه يجب على المرتدف نصف القيمة ، لأنه هلك من مضـــمون وغير مضمون .

(والثانى) يجب عليه الثلث ، لأن الرجال لا يوزنون فقسط الضمان على عددهم .

(والثالث) انه يقسط على أوزانهم ، فيجب على المرتدف ما يخصه بالوزن لأنه يمكنه تقسيطه بالوزن فقسط عليه .

فصـــل وان استاجر عينا واستوفى المنفعة وحبسها حتى تلفت ، فان كان حبسها لعذر لم يلزمه الضمان ، لأنه امانة فى يده فلم يضمن بالحبس لعذر كالوديعة ، وان كان لغير عذر ــ فان قلنا : لا يجب الرد قبل الطلب ــ لم يضمن كالوديعة قبل الطلب ، وان قلنا يجب ردها ضمن كالوديعة بعد الطلب .

فصـــل وان تلفت العين التى استؤجر على العمل فيها ــ نظرت ، فان كان التلف بتفريط بان استاجره ليخبز له فأسرف فى الوقود ، او الزقه قبـــل وقته او تركه فى النار حتى احترق ضمنه لأنه هلك بعدوان ، فلزمه الضمان . وان استؤجر على تاديب غلام فضربه فمات ضمنه ، لأنه يمكن تاديبـــه بغير

الضرب ، فاذا عـــدل الى الضرب كان ذلك تفــريطا منـــه فلـــزمه الضمان . وان كان التلف بغـير تفـريط ـ نظـرت ، فان كان العمـل فى ملك المستأجر بأن دعاه الى داره ليعمل له ، أو كان العمل فى دكان الأجير والمستأجر حاضر ، أو اكتراه ليحمل له شيئا وهو معه ـ لم يضمن ، لأن يد صـاحبه عليه فلم يضمن من غير جناية . وان كان العمل فى يد الأجير من غير حضـور المستاجر ـ نظرت ، فان كان الأجير مشتركا ، وهو الذى يعمل له ولغيره ، كالقصار الذى يقصر لكل احد والملاح الذى يحمل لكل احد ففيه قولان :

(احدهما) يجب عليه الضمان ، لما روى الشعبى عن انس رضى الله عنه قال : « استحملنى رجل بضاعة فضاعت من بين متاعى . فضمننيها عمر ابن الخطاب رضى الله تعالى عنه ، وعن خلاس بن عمرو أن علياً رضى الله عنه كان يضمن الأجير » . وعن جعفر بن محمـد عن أبيه عن على كرم الله وجهه « أنه كان يضمن الصباغ والصواغ وقال : لا يصلح الناس الا ذلك » .

ولأنه قبض العين لمنفعته من غير استحقاق فضمنها كالمستعير . والثانى : لا ضمان عليه . وهو قول المزنى وهو الصحيح .

قال الربيع : كان الشافعى رحمه الله يذهب الى أنه لا ضمان على الأجير، ولكنه لا يفتى لفساد الناس ، والدليل عليـه أنه قبض العين لمنفعته ومنفعة المالك فلم يضمنه كالمضارب . وان كان الأجير منفرداً وهو الذى يعمل لغيره فقد اختلف اصحابنا فيه ، فمنهم من قال : هو كالأجير المشترك وهو المنصوص فان الشافعى رحمه الله قال : والأجراء كلهم سواء، فيكون على قولين ، لأنه منفرد باليد فأشبه الأجير المشترك ، ومنهم من قال : لا يجب عليه الضـمان قولا واحداً لأنه منفرد بالعمل فاشبه اذا كان عمله فى دار المستأجر .

فان قلنا : انه امين فتعدى فيه ثم تلف ، ضمنه بقيمته اكثر ما كانت من حين تعدى الى أن تلف ، لأنه ضمن بالتعدى فصار كالغاصب ، وان قلنا : انه ضامن لزمه قيمته أكثر ما كانت من حين القبض الى حين التلف كالغاصب . ومن أصحابنا من قال : يلزمه قيمته وقت التلف كالمستعير وليس بشىء .

فصـــل وان عمل الأجير بعض العمل أو جميعه ثم تلف ـ نظرت فان كان العمل فى ملك صاحبه أو بحضرته ـ وجبت له الاجرة لأنه تحت يده فكلما عمل شيئا صار مسلما له ، وان كان فى يده الأجير ـ فان قلنا انه امين ـ لم يستحق الأجرة لأنه لم يسلم العمل ، وان قلنا : انه ضامن استحق الأجرة لأنه يقـوم عليه معمولا فيصير بالتضمين مسلماً للعمل فاستحق الأجرة .

فصـــل وان دفع ثوباً الى خياط وقال ان كان يكفينى لقميص فاقطعه فقطعه ولم يكفه لزمه الضمان ، لأنه اذن له بشرط فقطع من غير وجود الشرط

فضمنه . وإن قال : ايكفيني للقميص ؟ فقال : نعم ، فقال : اقطعه فقطعه فلم يكفه ، لم يضمن لأنه قطعه باذن مطلق) .

الشرح أثر خلاس بن عمرو وشاهده أثر جعفر بن محمد عن أبيه عن جده فقد رواه الشافعي قال : أخبرنا بذلك إبراهيم بن أبى يحيى عن جعفر بن محمد عن أبيه أن عليا ضمن الغسال والصباغ : وقال : لا يصلح الناس إلا بذلك .

قال الحافظ فى التلخيص : فروى البيهقى من طريق الشافعى عن على بسند ضعيف قال الشافعى : هذا لا يثبت أهل الحديث مثله ، ثم ساق رواية جعفر بن محمد ولم يعقب عليها وروى البيهقى أثر خلاس ابن عمرو « أن عليا كان يضمن الأجير » أما أثر عمر فى تضمين الأجير فقد أخرجه عبد الرزاق بسند منقطع عنه « أن عمر ضمن الصباغ » .

اما الأحكام فإن الدابة إذا لم يكن صاحبها معها لزم المكترى قيمتها كلها ، وإن كان معها فتلفت فى يد صاحبها لم يضمنها المكترى لأنها تلفت فى يد صاحبها أشبه ما لو تلفت بعد مدة التعدى ، وإن تلفت تحت الراكب ففيه قولان .

(أحدهما) يلزمه نصف قيمتها لأنها تلفت بفعل مضمون وغير مضمون أشبه ما لو تلفت بجراحته وجراحة مالكها .

(والثانى) تقسط القيمة على المسافتين ، فما قابل مسافة الإجارة سقط ووجب الباقى ، ونحو هذا قول أبى حنيفة فإنه قال : من اكترى جملا لحمل تسعة فحمل عشرة فتلف فعلى المكترى عشر قيمته ، وموضع الخلاف فى لزوم كمال القيمة إذا كان صاحبها مع راكبها أو تلفت فى يد صاحبها .

فأما إذا تلفت حال التعدى ولم يكن صاحبها مع راكبها فلا خلاف فى ضمانها بكمال قيمتها لأنها تلفت فى يد عادية فوجب ضمانها كالمغصوبة ، وكذلك إذا تلفت تحت الراكب أو تحت حمله وصاحبه معها ، لأن اليد

للراكب وصاحب الحمل ، بدليل أنهما لو تنازعا دابة أحدهما راكبها أو له عليها حمل والآخر آخذ بزمامها لكانت للراكب ولصاحب الحمل ، ولأن الراكب متعد بالزيادة وسكوت صاحبها لا يسقط الضمان . كمن جلس إلى إنسان فحرق ثيابه وهو ساكت ولأنها إن تلفت بسبب تعبها فالضمان على المتعدى ، كمن ألقى حجراً فى سفينة موقرة فغرقت .

فأما إن تلفت فى يد صاحبها بعد نزول الراكب عنها فينظر ، فإن كان تلفها بسبب تعبها بالحمل والسير فهو كما لو تلفت تحت الحمل والراكب . وإن تلفت بسبب آخر من افتراس سبع أو سقوط فى هوة ونحو ذلك فلا ضمان فيها لأنها لم تتلف فى يد عادية ولا بسبب عدوان .

واختلف أصحاب أحمد فى الضمان فظاهر كلام الخرقى وجوب قيمتها إذا تلفت سواء تلفت فى الزيادة أو بعد ردها إلى المسافة ، وسواء كان صاحبها مع المكترى أو لم يكن وهذا ظاهر مذهب فقهاء المدينة السبعة فيما رواه الأثرم بإسناده عن أبى الزناد وقال : ربما اختلفوا فى الشىء فأخذنا بقول أكثرهم وأفضلهم رأياً ، فكان الذى وعيت عنهم على هذه الصفة : أن من اكترى دابة إلى بلد ثم جاوز ذلك إلى بلد سواه ، فإن الدابة إن سلمت فى ذلك كله أدى كراءها وكراء ما بعدها وان تلفت فى تعديها ضمنها وأدى كراءها الذى تكاراها به . وهذا هو قول الشافعى والحكم وابن شبرمة وأحمد .

وقال القاضى من الحنابلة : إن كان المكترى نزل منها وسلمها الى صاحبها ليمسكها أو يسقيها فتلفت فلا ضمان على المكترى ، وإن هلكت والمكترى راكب عليها أو حمله عليها فعليه ضمانها . وقال أبو الخطاب من الحنابلة أيضاً : إن كانت يد صاحبها عليها احتمل أن يلزم المكترى جميع قيمتها ، واحتمل أن يلزمه نصف قيمتها .

ولنا أن ما قلنا عن الشافعى رضى الله عنه فى ضرب الدابة ونخسها مما مضى فى شرح هذه الفصول كاف فى توضيح المذهب .

وقال الشافعي أيضا فى اختلاف العراقيين : وإذا تكارى الرجل الدابة إلى موضع فجاوزه الى غيره فعليه كراء الموضع الذى تكاراها إليه الكراء الذى تكاراها به . وعليه من حين تعدى إلى أن ردها كراء مثلها من ذلك الموضع وإذا عطبت لزمه للكراء الى الموضع الذى عطبت فيه وقيمتها . وهذا مكتوب فى كتاب الإجارات .

قال الشافعي رضى الله عنه : الأجراء كلهم سواء ، فإذا تلف فى أيديهم شيء من غير جنايتهم فلا يجوز أن يقال فيه إلا واحد من قولين (أحدهما) أن يكون كل من أخذ الكراء على شيء كان ضامناً له يؤديه على السلامة أو يضمنه أو ما نقصه . ومن قال هذا القول فينبغى أن يكون من حجته أن يقول: الأمين هو من دفعت إليه راضيا بأمانته لا يعطى أجراً على شيء مما دفعت إليه ، واعطاؤه هذا الأجر تفريق بينه وبين الأمين الذى أخذ ما استؤمن عليه بلا جعل ، أو يقول قائل : لا ضمان على أجير بحال من قبل أنه إنما يضمن من تعدى فأخذ ما ليس له أو أخذ الشيء على منفعة له فيه . إما بتسلط على إتلافه كما يأخذ سلفا فيكون مالا من ماله فيكون ان شاء ينفقه ويرد مثله . وإما مستعير سلط على الانتفاع بما أعير فيضمن ؛ لأنه أخذ ذلك لمنفعة نفسه لا لمنفعة صاحبه فيه . وهذان معاً نقص على المسلف والمعير أو غير زيادة له ، والصانع والأجير من كان ليس فى هذا المعنى فلا يضمن بحال إلا ما جنت يده كما يضمن المودع ما جنت يده . وليس فى هذا سنة أعلمها ولا أثر يصح عند أهل الحديث عن أحد من أصحاب النبى صلى الله عليه وسلم . وقد روى فيه شيء عن عمر وعلى وليس يثبت عند أهل الحديث عنهما ولو ثبت عنهما لزم من يثبته أن يضمن الاجراء من كانوا فيضمن أجير الرجل وحده والأجير المشترك والأجير على الحفظ والرعي وحمل المتاع والأجير على الشيء يصنعه لأن عمر إن كان ضمن الصناع فليس فى تضمينه لهم معنى الا أن يكون ضمنهم بأنهم أخذوا أجراً على ما ضمنوا فكل من كان أخذ أجراً فهو فى معناهم

وإن كان على رضى الله عنه ضمن القصار والصائغ : فكذلك كل صانع وكل من أخذ أجرة . وقد يقال الراعى صناعته الرعية ، وللحمال صناعته الحمل

للناس ، ولكنه ثابت عن بعض التابعين ما قلت أولا من التضمين أو ترك التضمين . ومن ضمن الأجير بكل حال فكان مع الأجير ما قلت مثل أن يستحمله الشيء على ظهره أو يستعمله الشيء في بيته أو غير بيته وهو حاضر لما له أو وكيل له بحفظه فتلف ماله بأي وجه ما تلف به إذا لم يجن عليه جان فلا ضمان على الصانع ولا على الأجير . وكذلك ان جنى عليه غيره فلا ضمان عليه ، والضمان على الجاني . ا هـ كلام الشافعي رضي الله عنه .

فرع إذا ترك الأجير ما يلزمه عمله بلا عذر فتلف ما استؤجر عليه ضمنه والأجير على ضربين : خاص ومشترك : فالخاص هو الذي يقع العقد عليه في مدة معلومة يستحق المستأجر نفعه في جميعها ، كرجل استؤجر لخدمة أو عمل في بناء أو خياطة أو رعاية يوما أو شهراً سمي خاصا لاختصاص المستأجر بنفعه في تلك المدة دون سائر الناس ، والمشترك الذي يقع العقد معه على عمل معين كخياطة ثوب وبناء حائط وحمل شيء إلى مكان معين ، أو على عمل في مدة لا يستحق جميع نفعه فيها كالكحال والطبيب ، سمي مشتركا لأنه يتقبل أعمالا لاثنين أو ثلاثة أو أكثر لاشتراكهم في منفعته ، فالأجير المشترك ضامن لما جنت يده إلا إذا كان المستأجر حاضراً في دكان الأجير وقت العمل كانت يده عليه فيكون كالأجير الخاص لم يضمن من غير جناية ويجب له أجر عمله ، فكلما عمل شيئا صار مسلما إليه . وذهب مالك إلى ما ذهب اليه الأصحاب . وذهب أحمد الى أنه لا فرق بين كونه في ملك نفسه أو ملك مستأجره أو كان صاحب العمل حاضراً عنده أو غائبا عنه قياسا على الطبيب والختان إذا جنت يداهما ضمنا مع حضور المطبب والمختون .

فأما الأجير الخاص فهو الذي يستأجره مدة فلا ضمان عليه ما لم يتعد قال أحمد في رواية مهنى في رجل أمر غلامه أن يكيل لرجل بزرا فسقط الرطل من يده فانكسر لا ضمان عليه ، فقيل : أليس هو بمنزلة القصار ؟ قال : لا القصار مشترك . قيل : فرجل اكترى رجلا يحرث له على بقرة فيكسر الذي يحرث به ؟ قال : لا ضمان عليه .

قلت : وهذا ظاهر مذهب الشافعي ومذهب مالك وأبي حنيفة وأصحابه ؛ وللشافعي قول آخر أن جميع الأجراء يضمنون ، والقول الأول أظهر . قال الربيع : هذا مذهب الشافعي وإن لم يبح به . وروى ذلك عن عطاء وطاوس وزفر لأنها عين مقبوضة بعقد الاجارة فلم تصر مضمونة كالعين المستأجرة وما تلف بتعدى الخباز الذى يسرف فى الوقود أو يلزقه قبل أوانه من حيث التخمر المطلوب عند خبزه أو يتركه بعد وقته حتى يحترق ، فإنه يضمن فى كل ذلك .

فـرع فى تضمين الأطباء

إذا أجرى الطبيب تخديراً للمريض دون أن يختبر حساسيته للبنج فمات المريض ضمن الطبيب كما لو أعطاه حقنة بنسلين وكان جسمه لا يقبل البنسلين فمات ، وإنما يجرى الطبيب اختباراً ظاهرياً فوق الجلد فإذا احمر مكان الاختبار أو تورم علم أن المريض لا يقبل جسمه هذا الشىء ، وكذلك إذا أجرى الطبيب جراحة فى عين المريض ــ والمريض عنده ارتفاع فى ضغط الدم ففقد المريض عينه أو مات ضمن لأنه يجب على الطبيب ألا يقدم على الجراحة إلا إذا كان ضغط الدم معتدلا ، وبالجملة كل ما كان حاصلا بجناية التقصير والاهمال عليه الضمان ولا يضمن الطبيب الحاذق إذا لم تجن يده بمبالغة فى قطع ما ليس مطلوباً قطعه أو بنسيان آلات الجراحة فى باطن المريض ، كمن قطع يد السارق فبالغ حتى سرى القطع إلى ما ليس مطلوبا قطعه ضمن القاطع والله أعلم .

فـرع إذا دفع الى خياط ثوبا فقال : إن كان يقطع قميصا فاقطعه، فقال هو يقطع ، وقطعه فلم يكف فعليه ضمانه . وإن قال : انظر هذا يكفينى قميصا ؟ قال : نعم . قال : اقطعه . فقطعه فلم يكفه لم يضمن ، وبهذا قال أحمد وأصحاب الرأى . وقال أبو ثور : لا ضمان عليه فى المسألتين لأنه لو كان غره فى الأولى لكان قد غره فى الثانية . أفاده ابن قدامة فى المغنى .

دليلنا أنه إنما أذن له فى الأولى بشرط كفايته فقطعه بدون شرطه . وفى

الثانية أذن له من غير شرط فافترقا ؛ ولم يجب عليه الضمان فى الأولى لتغريره، بل لعدم الإذن فى قطعه . لأن إذنه مقيد بشرط كفايته فلا يكون إذنا فى غير ما وجد فيه الشرط بخلاف الثانية . والله أعلم بالصواب .

فـــرع فى تضمين شركات التأمين ما يصيب الأموال من حرق وسرق وغرق سنت كثير من الدول عقوداً أجبرت عليها أصحاب السيارات والسفن والطائرات بأن تؤمن بعقود تأمين على ما تحمله لنقله فهذه عقـــود إذعان لا خيار لأحد فى الامتناع عن توقيعها قد تقدم البحث فى التأمين بأنواعه فى كتاب الشركة ، وعن الشركات فى القراض .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل واختلف اصحابنا فيما ياخذ الحمامى ، هل هو ثمن الماء او اجرة الدخول والسطل وحفظ الثياب ، فمنهم من قال : هو ثمن الماء وهو متطوع بحفظ الثياب ومعير للسطل ، فعلى هذا لا يضمن الثياب اذا تلفت وله عوض السطل اذا تلف ومنهم من قال : هو اجرة الدخول والسطل وحفظ الثياب ، فعلى هذا لا يضمن الداخل السطل اذا هلك لانه مستاجر ، وهل يضمـــن الحمامى الثياب ؟ فيه قولان لانه أجير مشترك .

فصـــل وان استاجر رجلا للحج فتطيب فى احرامه او لبس ، وجبت الفدية على الأجير ، لانه جناية لم يتناولها الاذن فوجب ضمانها ، كمـــا لو استاجره ليشترى له ثوبا فاشتراه ثم خرقه . وان افسد الحج صار الاحرام عن نفسه ؛ لان الفاسد غير ماذون فيه فانعقد له كما لو وكله فى شراء عبـــد فاشترى امة ـ فان كان العقد على حجة فى هذه السنة ـ انفسخ ، لانه فات المعقود عليه ، وان كان على حج فى الذمة ثبت له الخيار ، لانه تأخر حقــه ، فان استاجر للحج من ميقات فاحرم من ميقات آخر لم يلزمه شيء لان المواقيت المنصوص عليها متساوية فى الحكم ، وان كان بعضها ابعد من بعض ؛ فاذا ترك بعضها الى بعض لم يحصل نقص يقتضى الجبران .

وان احرم دون الميقات لزمه دم ، لانه ترك الاحرام من موضع يلزمه الاحرام منه ، فلزمه دم كما لو ترك ذلك فى حجه لنفسه ، فان استاجره ليحرم من دويرة اهله فاحرم دونه لزمه دم ، لانه وجب عليه ذلك بعقد الاجارة فصار كما لو لزمه فى حجه لنفسه بالشرع او بالنذر فتركه .

وهل يلزمه ان يرد من الاجرة بقسطه ؟ قال فى القديم : يهرق دما وحجه

تام ، وقال فى الام : يلزمه ان يرد من الاجرة بقدر ما ترك ، فمن اصحابنا من قال : يلزمه قولا واحدا ، والذى قاله فى القديم : ليس فيه نص انه لا يجب ومنهم من قال : فيه قولان وهو الصحيح :

(احدهما) لا يلزمه لان النقص الذى لحق الاحرام جبره بالدم فصار كما لو لم يترك .

(والثانى) انه يلزمه لانه ترك بعض ما استؤجر عليه فلزمه رد بدله ، كما لو استاجره لبناء عشرة اذرع فبنى تسعة ، فعلى هذا يرد ما بين حجه من الميقات وبين حجه من الموضع الذى احرم منه .

فان استاجره ليحرم بالحج من الميقات ، فاحرم من الميقات بعمرة عن نفسه ، ثم احرم بالحج عن المستاجر من مكة ، لزمه الدم لترك الميقات ، وهل يرد من الاجرة بقدر ما ترك ؟ على ما ذكرناه من الطريقين ، فان قلنا : يلزمه ففيه قولان ، قال فى الام : يرد بقدر ما بين حجه من الميقات وحجه من مكة ، لان الحج من الاحرام ، وما قبله ليس من الحج .

وقال فى الاملاء : يلزمه ان يرد ما بين حجه من بلده وبين حجه من مكة ، لانه جعل الاجرة فى مقابلة السفر والعمل وجعل سفره لنفسه ، ويخالف المسالة قبلها ، لان هناك سافر للمستاجر ، وانما ترك الميقات .

وان استاجره للحج عنه فحج عنه وترك الرمى او المبيت ، لزمه الدم كما يلزمه لحجه وهل يرد من الاجرة بقسطه ؟ على ما ذكرناه فيمن ترك الاحرام من الميقات) .

الشرح لا تتوقف منفعة الحمام على مجرد وجود الماء ، وإنما المطلوب تبليط الحمام وعمل الأبواب والبزل ــ وهى الثقوب والفتحات التى يأتى منها الماء أو النور ــ ومجرى الماء . وما كان لاستيفاء المنافع كالحبل والدلو والبكرة فعلى المكترى وإن احتاج المكترى للتمكن من الانتفاع إلى تنقية الكنف والبالوعة فعلى المكرى ، وإن امتلأت بفعل المكترى فعليه تفريغها وهذا مذهب الشافعى وأحمد رضى الله عنهما

وقال أبو ثور : هو على رب الدار ، لأن به يتمكن من الانتفاع ، فأشبه مالو اكترى وهى ملاى .

وقال أبو حنيفة : القياس أنه على المكترى والاستحسان أنه على رب

الدار لأن عادة الناس ذلك . وإذا انقضت الإجارة وفى الحمام قمامة من فعله فعليه رفعه . وهو مذهب الشافعى وأبى ثور وأصحاب الرأى .

قال الشمس الرملى : نعم دخول الحمام بأجرة جائز بالإجماع مع الجهل بقدر المكث وغيره ، لكن الأجرة فى مقابلة الآلات لا الماء ، فعليه ما يغرف به الماء غير مضمون على الداخل ، وثيابه غير مضمونة على الحمامى إن لم يستحفظه عليها ويجيبه إلى ذلك ، ولا يجب بيان ما يستأجره له فى الدار لقرب التفاوت من السكنى ووضع المتاع ، ومن ثم حمل العقد على المعهود فى مثلها من سكانها ، ولم يشترط عدد من يسكن اكتفاء بما اعتيد فى مثلها .

فرع إذا استأجر رجلا للحج فارتكب ما يوجب الفدية ، كمس الطيب ولبس المخيط فى الإحرام ، فعلى الأجير الفدية من ماله ، فإن أفسد أعمال الحج انقلب الحج إليه فيلزمه الفدية فى ماله والمضى فى فاسده والقضاء ، وهذا هو الذى قطع الجمهور بصحته وتظاهرت عليه نصوص الشافعى . وفيه قول آخر أنه لا ينقلب ولا يفسد ولا يجب القضاء بل يبقى صحيحاً واقعا عن المستأجر لأن العبادة للمستأجر فلا تفسد بفعل غيره ، وبهذا القول قال المزنى . ولكن المذهب الأول قال الشافعى رضى الله عنه : الواجب على الأجير أن يحرم من الميقات الواجب بالشرع أو الشرط ا هـ . فإن أحرم منه فقد فعل واجبا ، وإن أحرم قبله فقد زاد خيراً كما قال أبو حامد الاسفرايينى وغيره .

أما إذا عدل الأجير عن الميقات المعتبر إلى طريق آخر مثل المعتبر أو أقرب إلى مكة فطريقان (أصحهما) وهو المنصوص فى الأم وبه قطع البندنيجى والجمهور أنه لا شيء عليه :

وحكى القاضى حسين والبغوى وغيرهما فيه وجهين ساقهما النووى فى الحج أصحهما أنه لا شيء عليه لأنه قائم مقام الميقات المعتبر (والثانى) أنه كمن ترك الميقات وأحرم بعده . وهذا القول الثانى يعتبر الشرط فى تعيين المكان .

أما إذا اتفقا على تعيين موضع آخر فإن كان أقرب إلى مكة من الشرعى فالشرط فاسد يفسد الاجارة إذ لا يجوز لمريد النسك تجاوز الميقات دون إحرام وإن كان أبعد كدويرة أهله فيلزم الأجير الاحرام منها وفاء بالشرط ، فإن جاوزها ثم أحرم فهل يلزمه الدم ؟ فيه وجهان أصحهما كما هو منصوص : عليه الدم ، لأنه جاوز الميقات المشروط فأشبه مجاوزة الميقات الشرعى (والثانى) لا دم فان قلنا لا يلزمه الدم وجب حط قسط من الأجرة

قال الشيخ أبو حامد والأصحاب : إن ترك نسكا لا دم فيه كالمبيت وطواف الوداع ـ إذا قلنا : لا دم فيهما ـ لزمه رد شىء من الأجرة بقسطه بلا خلاف فإن لزمه بفعل محظور كاللبس والقلم والطيب لم يحط عنه شىء من الأجرة بلا خلاف . نقل الغزالى وغيره الاتفاق عليه .

فإذا استأجره للقران بين الحج والعمرة فتارة يمتثل وتارة يعدل ، فإن امتثل فعلى من يجب دم القران ؟ وجهان (أصحهما) على المستأجر ، ولو شرطاه على الأجير فقد نص الشافعى على فساد الإجارة لجمعه بين مجهول الصفة وهو الدم ، وبين الإجارة .

فإذا قلنا بالأصح إنه على الأجير ، فإن كان معسراً فعليه الصوم الأيام الثلاثة فى الحج . لأن الذى فى الحج منهما هو الأجير وعلى المستأجر الأجرة بكمالها . هذا وقد أفرد الإمام النووى رضى الله عنه فى كتاب الحج من المجموع فصلا عن الأجير أوفى والله تعالى أعلم بالصواب

قال المصنف رحمه الله تعالى

باب اختلاف المتكاريين

اذا اختلف المتكاريان فى مقدار المنفعة او قدر الأجرة ـ ولم تكن بينة ـ تحالفا لانه عقد معاوضة ، فاشبه البيع ، واذا تحالفا كان الحكم فى فسخ الاجارة كالحكم فى البيع ، لان الاجارة كالبيع ، فكان حكمها فى الفسخ كالحكم فى البيع ، فان اختلفا فى التعدى فى العين المستاجرة فادعاه المؤجر وانكره المستاجر ، فالقول قول المستاجر ، لان الاصل عدم العدوان ، والبراءة من

الضمان ، فان اختلفا فى الرد فادعاه المستاجر وانكره المؤجر ، فالقول قول المؤجر انه لم يرد عليه ، لان المستاجر قبض العين لمنفعته ، فلم يقبل قوله فى الرد كالمستعير وان اختلف الاجير المشترك والمستاجر فى رد العين فادعى الاجير انه ردها وانكر المستاجر فان قلنا : ان الاجير يضمن العين بالقبض لم يقبل قوله فى الرد ، لانه ضامن ، فلم يقبل قوله فى الرد ، كالمستعير والغاصب .

وان قلنا : انه لا يضمن العين بالقبض فهل يقبل قوله فى الرد ؟ فيه وجهان ، كالوكيل بجعل ، وقد مضى توجيههما فى الوكالة ، وان هلكت العين فادعى الأجير انها هلكت بعد العمل ، وانه يستحق الأجرة وانكر المستاجر ، فالقول قول المستاجر ، لأن الأصل عدم العمل وعدم البدل .

(فصل) وان دفع ثوبا الى خياط فقطعه قباء ، ثم اختلفا فقال رب الثوب : امرتك ان تقطعه قميصا فتعديت بقطعه قباء فعليك ضمان النقص . وقال الخياط : بل امرتنى ان اقطعه قباء فعليك الأجرة ، فقد حكى الشافعى رحمه الله فى اختلاف العراقيين قول ابن ابى ليلى ان القول قول الخياط وقول ابى حنيفة رحمة الله عليه ان القول قول رب الثوب ، ثم قال : وهذا اشبه ، وكلاهما مدخول .

وقال فى كتاب الأجير والمستاجر : اذا دفع اليه ثوبا ليصبغه أحمر فصبغه اخضر فقال : امرتك ان تصبغه احمر . فقال الصباغ : بل امرتنى ان اصبغه اخضر انهما يتحالفان .

واختلف اصحابنا فيه على ثلاث طرق ، فمنهم من قال : فيه ثلاثة اقوال :

(احدها) ان القول قول الخياط ، لأنه ماذون له فى القطع فكان القول قوله فى صفته .

(والثانى) ان القول قول رب الثوب ، كما لو اختلفا فى اصل الاذن .

(والثالث) انهما يتحالفان وهو الصحيح ، لأن كل واحد منهما مدع ومدعى عليه لأن صاحب الثوب يدعى الأرش والخياط ينكره ، والخياط يدعى الاجرة وصاحب الثوب ينكره ، فتحالفا كالمتبايعين اذا اختلفا فى قدر الثمن.

ومن اصحابنا من قال : المسئلة على القولين المذكورين فى اختلاف العراقيين وهو قول ابى العباس وابى اسحاق وابى على بن ابى هريرة والقاضى ابى حامد . ومن اصحابنا من قال : هى على قول واحد انهما يتحالفان ، وهو قول ابى حامد الاسفراييني لأن الشافعي رحمه الله ذكر القولين الاولين ، ثم قال : وكلاهما مدخول فان قلنا : ان القول قول الخياط فحلف لم يلزمه أرش النقص ، لانه ثبت بيمينه انه ماذون له فيه ، وهل يستحق الاجرة ؟ فيه وجهان .

(احدهما) وهو قول ابى اسحاق انه لا يستحق الأجرة ، لان قوله قبل في سقوط الغرم لانه منكر . فاما في الاجرة فانه مدع فلم يقبل قوله .

(والثانى) وهو قول ابى على بن ابى هريرة . ان له الاجرة لانا قبلنا قوله في الاذن ، فعلى هذا هل يجب المسمى او اجرة المثل ؟ فيه وجهان (احدهما) يجب المسمى لانا قبلنا قوله انه اذن له فوجب ما اقتضاه (والثانى) يجب له اجرة المثل لانا اذا قبلنا قوله لم نأمن ان يدعى الفا واجرة مثله درهم .

(وان قلنا) ان القول قول صاحب الثوب فحلف لم تجب الاجرة لانه فعل ما لم يؤذن فيه ، ويلزمه ارش القطع لانه قطع ما لم يكن له قطعه . وفي قدر الأرش قولان :

(احدهما) يلزمه ما بين قيمته مقطوعا وصحيحا ، لانا حكمنا انه لم يؤذن له في القطع فلزمه ارش القطع .

(والثانى) يلزمه ما بين قيمته مقطوعا قميصا وبين قيمته مقطوعا قباء ، لانه قد اذن له في القطع ، وانما حصلت المخالفة في الزيادة فلزمه ارش الزيادة ، فان لم يكن بينهما تفاوت لم يلزمه شيء .

وإذا قلنا : انهما يتحالفان فتحالفا لم تجب الاجرة . لان التحالف يوجب رفع العقد والخياطة من غير عقد لا توجب الاجرة . وهل يجب ارش القطع ؟ فيه قولان .

(احدهما) يجب لان كل واحد منهما حلف على ما ادعاه ونفى ما ادعى عليه فبرئا كالمتبايعين .

(والثانى) انه يجب ارش النقص لانا حكمنا بارتفاع العقد بالتحالف ، فاذا ارتفع العقد حصل القطع من غير عقد فلزمه ارشه . ومتى قلنا : انه يستحق الإجرة لم يرجع بالخيوط ، لانه اخذ بدلها ، فان قلنا : لا يستحق الاجرة فله ان ياخذ خيوطه ، لانه عين ماله فكان له ان ياخذه) .

الشرح قال الشافعى رضى الله عنه : وإذا اختلف الرجلان في الكراء وتصادقا في العمل تحالفا ، وكان للعامل أجر مثله فيما عمل ، قال : وإذا اختلفا في الصفة فقال : أمرتك أن تصبغه أصفر أو تخيط قميصا فخطته قباء . وقال الصانع : عملت ما قلت لى ، تحالفا وكان على الصانع ما نقص الثوب ولا أجر له ، وإن زاد الصبغ فيه كان شريكا بما زاد الصبغ في الثوب ، وإن نقصت منه فلا ضمان عليه ولا أجر له .

وقال الربيع : الذى يأخذ به الشافعى فى هذا أن القول قول رب الثوب وعلى الصانع ما نقص الثوب ، وإن كان نقصه شيئاً لأنه مقر بأخذ الثوب صحيحا ومدع على أنه أمره بقطعه أو صبغه كما وصفت فعليه البينة بما قال ، فإن لم يكن بينة حلف رب الثوب ولزم الصانع ما نقصته الصنعة ، وإن كانت زادت الصنعة فيه شيئا كان الصانع شريكا بها إن كانت عيناً قائمة فيه مثل الصبغ ، ولا يأخذ من الأجرة شيئاً ، فإن لم تكن عين قائمة فلا شىء له .

وقال فى اختلاف العراقيين : وإذا اختلف الأجير والمستأجر فى الأجرة ، فإن أبا حنيفة كان يقول : القول قول المستأجر مع يمينه إذا عمل العمل وبهذا يأخذ . وكان ابن أبى ليلى يقول : القول قول الأجير فيما بينه وبين أجرة مثله ، إلا أن يكون الذى ادعى أقل فيعطيه إياه ، وإن لم يكن عمل العمل تحالفا وترادا فى قول أبى حنيفة ، وينبغى كذلك فى قول ابن أبى ليلى . وقال أبو يوسف بعد : إذا كان شيئاً متقاربا قبلت قول المستأجر وأحلفته ، وإذا تفاوت لم أقبل وجعلت للعامل أجر مثله إذا حلف .

- فلو أعطاه ثوبا ليخيطه بعد قطعه فخاطه قباء وقال : أمرتنى بقطعه قباء ، فقال : بل قميصا فالأظهر تصديق المالك بيمينه ، لأنه منكر إذنه له فى قطعه قباء ، إذ هو المصدق فى أصل الإذن فكذا فى صفته .

والقول الثانى : يتحالفان ، وانتصر الاسنوى له نقلا ومعنى ، ونبه على أنهما لو اختلفا قبل القطع تحالفا اتفاقا ، وكل ما وجب التحالف مع بقائه وجب مع تغير أحواله ، فعلى هذا يبدأ بالمالك كما حكاه الرملى ، ونقل عن الإسنوى المنع منه بل يبدأ بالخياط لأنه بائع المنفعة .

قال النووى : ولا أجرة عليه ــ يعنى المؤجر ــ بعد حلفه ، وعلى الخياط أرش النقص لما ثبت من عدم الإذن ، والأصل الضمان ، وهو ما بين قيمته مقطوعا قميصا ومقطوعا قباء كما رجحه السبكى . ولأن أصل القطع مأذون فيه ، وإن رجح الإسنوى كابن أبى عصرون . وجزم به القونوى والبارزى وغيرهما من شراح الحاوى وغيره أنه ما بين قيمته سليما ومقطوعا لانتفاء

الإذن من أصله ولا يقدح في ترجيح الأول وعدم الأجرة له ، إذ لا تلازم بينها وبين الضمان ، وللخياط نزع خيطه ، وعليه أرش نقص النزع إن حصل، كما قال الماوردي والروياني في البحر ؛ وله منع المالك من شد خيط فيه بجره مكانه . هكذا أفاده الشمس الرملي في النهاية.

ويمكننا أن نستخلص مما مضى من أقاويل أنهما إذا اختلفا في قدر الأجر فقال : أجرتنيها سنة بدينار ، قال بل بدينارين تحالفا ، ويبدأ بيمين الآجر ، وهو قول الشافعي وأحمد ، لأن الإجارة نوع من البيع ؛ فإذا تحالفا قبل مضي شيء من المدة فسخا العقد ورجع كل واحد منهما في ماله ، وإن رضي أحدهما بما حلف عليه الآخر قر العقد ، وإن فسخا العقد بعد المدة أو شيء منها سقط المسمى . ووجب أجر المثل ، كما لو اختلفا في المبيع بعد تلفه . وهذا قول أحمد وأصحابه . وبه قال أبو حنيفة إن لم يكن عمل العمل ، وإن كان عمله فالقول قول المستأجر لأنه منكر للزيادة في الأجر والقول قول المنكر .

فإذا عرفنا أن الإجارة نوع من المبيع عرفنا أنهما يتحالفان عند اختلافهما في العوض كالبيع ، وكما قبل أن يعمل العمل عند أبي حنيفة وإليك التفصيل .

فرع في بقية مذاهب العلماء في اختلاف المتكاريين

إذا اختلفا في الأجر فقال : أجرتنيها سنة بدينار قال : بل بدينارين تحالفا ويبدأ بيمين الآجر هذا مذهبنا وهو المنصوص عليه عند أحمد ، لأن الإجارة نوع من البيع فإذا تحالفا قبل مضي شيء من المدة فسخا العقد ورجع كل واحد منهما في ماله ، وإن رضي أحدهما بما حلف عليه الآخر قر العقد . وإن فسخا العقد بعد المدة أو شيء منها سقط المسمى ووجب أجر المثل كما لو اختلفا في البيع بعد تلفه ، وهذا قول أحمد ، وبه قال أبو حنيفة إن لم يكن عمل العمل وإن كان علم فالقول قول المستأجر فيما بينه وبين أجر مثله وقال أبو ثور : القول قول المستأجر لأنه منكر للزيادة في الأجر ، والقول قول المنكر .

ولنا أن الإجارة نوع من البيع فيتحالفان عند اختلافهما فى عوضها كالبيع .

وقال ابن أبى موسى : القول قول المالك لقول النبى صلى الله عليه وسلم « إذا اختلف المتبايعان فالقول قول البائع » وهذا يحتمل أن يريد به إذا اختلفا فى المدة وأما إذا اختلفا فى العوض فالصحيح أنهما يتحالفان لما ذكرنا

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل إذا استأجر صانعاً على عمل من خياطة أو صباغة فعمل فهل له أن يحبس العين على الأجرة ؟ فيه وجهان :

(احدهما) لا يجوز لانه لم يرهن العين عنده فلم يجز له احتباسها ، كما لو استأجره ليحمل له متاعاً فحمله ثم اراد أن يحبس المتاع على الأجرة (والثانى) يجوز لأن عمله ملكه ، فجاز له حبسه على العوض كالبيع فى يد البائع .

فصل وان دفع ثوباً الى رجل فخاطه ولم يذكر له اجرة فقد اختلف اصحابنا فيه على اربعة اوجه :

(احدها) انه تلزمه الاجرة ، وهو قول المزنى رحمه الله لأنه استهلك عمله فلزمه اجرته .

(والثانى) أنه ان قال له خطه ، لزمه وان بدا الرجل فقال : اعطنى لأخيطه لم تلزمه ، وهو قول ابى اسحاق لانه اذا امره فقد الزمه بالأمر ، والعمل لا يلزم من غير اجرة فلزمته ، واذا لم يامره لم يوجد ما يوجب الأجرة فلم تلزم .

(والثالث) انه اذا كان الصانع معروفاً باخذ الاجرة على الخياطة لزمه ، واذا لم يكن معروفاً بذلك لم يلزمه وهو قول ابى العباس لانه اذا كان معروفاً ياخذ الأجرة صار العرف فى حقه كالشرط ، وان لم يكن معروفاً لم يوجد ما يقتضى الأجرة من جهة الشرط ، ولا من جهة العرف .

(والرابع) وهو المذهب انه لا يلزمه بحال بذل ماله من غير عوض فلم يجب له العوض كما لو بذل طعامه لمن اكله ، وان نزل رجل فى سفينة ملاح بغير اذنه فحمله فيها الى بلد لزمه الأجرة ، لانه استهلك منفعة موضعه من

السفينة من غير اذن فلزمه اجرتها ، وان نزل فيها عن اذنه ولم يذكر الأجرة فعلى ما ذكرناه من الوجوه الأربعة فى الخياطة وبالله التوفيق) .

الشرح إذا اختلفا فى المدة فقال أجرتكها سنة بدينار قال : بل سنتين بدينارين فالقول قول المالك لأنه منكر للزيادة فكان القول قوله فيما أنكره .

فرع إذا دفع ثوبه إلى خياط أو قصار ليخيطه أو يقصره من غير عقد ولا شرط ولا تعريض بأجر مثل أن يقول : خذ هذا فاعمله وأنا أعلم أنك تعمل بأجر وكان الخياط والقصار منتصبين لذلك ففعلا ذلك ففيه وجهان :

(أحدهما) وهو الأصح لا أجر لهما لأنهما فعلا ذلك من غير عوض جعل لهما فأشبه ما لو تبرعا بعمله .

(والثانى) وبه قال أحمد وأصحابه وأصحاب أبى حنيفة : لهما أجر مثلهما ؛ لأن العرف الجارى بذلك يقوم مقام القول فصار كنقد البلد ، وكما لو دخل حماما أو جلس فى سفينة مع ملاح ، ولأن شاهد الحال يقتضيه فصار كالتعريض وقال أحمد : إذا لم يكونا منتصبين لذلك لم يستحقا أجراً إلا بعقد أو شرط العوض أو تعريض به لأنه لم يجر عرف يقوم مقام العقد .

فرع فيما يجب على رب المال نحو عامله مما أرساه شرعنا الحنيف أن الخادم ورب العمل أخوان (فمن كان أخوه تحت يده فليطعمه مما يأكل) وهذا هو التقريب بين الفئات حتى لا تحقد فئة على أخرى ولا تستعلى طبقة على غيرها فينشأ صراع مهلك يأتى على الأخضر واليابس كما حدث فى أمم فشت فيهم فاشية طغيان الطبقة الدنيا فجرت الدماء أنهاراً « وهدمت صوامع وبيع وصلوات ومساجد يذكر فيها اسم الله كثيراً » والنبى صلى الله عليه وسلم حذر من مغبة الشح الحاصل من حرص الأغنياء على الاكتناز « اتقوا الشح فإنه أهلك من كان قبلكم حملهم على أن اغتصبوا أموالهم فسفكوا دماءهم فهلكوا » وبقية الحديث الأول (وليلبسه مما يلبس ، ولا

تكلفوهم ما يغلبهم فإن كلفتموهم فأعينوهم) ويمكن استنباط تحديد ساعات العمل فى المصانع والمعامل والمزارع بالنهى عن تكليفهم ما يشق عليهم سواء بطول زمن العمل أو بقصره مع ثقله وإرهاقه للعامل ، وإعانته بالأجر عن القدر الزائد على العقد أو على العرف .

فــــرع فيما يجب على العامل نحو صاحب العمل .

إن العامل إذا نصح لمن نصبه للعمل ووكل إليه أموره وأعطى له حقه فسوف يعطى أجره مرتين مرة فى إيتائه حق الله تعالى ومرة فى إيتائه حق صاحب العمل والله يضاعف لمن يشاء .

والله تعالى أعلم بالصواب وله الحمد والمنة سبحانه

انتهى الجزء الخامس عشر

ويليه الجزء السادس عشر

وأوله « باب الجعالة »

فهارس الجـــزء الخامس عشر

من المجموع شرح المهذب

أولا : الآيات القرآنية

ثانيـاً : الأحاديث والآثار والأخبار

ثالثـاً : الأشـــعار الاستشهادية

رابعاً : الأعـــلام

خامساً : الأحـــكام



اولا ــ الآيات القرآنية

ثانياً ــ الأحاديث والآثار والأخبار

((حرف الألف))

((حرف البــاء))

((حرف التاء))

((حرف الثاء))

« حرف الجيم »

((حرف الحاء))

« حرف الدال »

« حرف الراء »

« حرف الزاى »

« حرف السين »

((حرف الشين))

((حرف الصاد))

« حرف الضاد »

ادرعا يوم حنين فقال : اغصباً يا محمد ؟ قال : بل عارية مضمونة ٣٩ـ٤٥

ان عبد الله وعبيد الله ابنى عمر خرجا فى جيش الى العراق فتسلفا من أبى موسى مالا وابتاعا به متاعا ، وقدما به الى المدينة ، فباعاه وربحا فيه فأراد عمر اخذ راس المال والربح كله فقالا : لو تلف كان ضمانه علينـــا ، فلم لا يكون ربحه لنا ؟ فقال رجـــــل يا أمير المؤمنين لو جعلته قراضا قال قد جعلته قراضا وأخذ منهما نصف الربح ١٤٩ـ١٥٠

روى زيد بن اسلم عن ابيه ان عبد الله وعبيد الله ابنى عمر بن الخطاب رضى الله عنهم خرجا فى جيش الى العراق فلما قفــلا مرا على عامــل لعمــر بن الخطــاب رضى الله عنه فرحب بهما وسهل وقال : لو اقدر لكما على امر انفعكما لفعلت ، ثم قال : بلى ههنا مال من مال الله اريد ان ابعث به الى امير المؤمنين فأسلفكما فتبتاعان به متاعا من متاع العراق ، ثم تبيعانه فى المدينة ، وتوفران راس المال الى أمير المؤمنين ، ويكون لكما ربحه ، فقالا : وددنا ، ففعل فكتب الى عمر ان يأخذ منهما المال ، فلما قدما وباعا وربحا فقال عمر : أكل الجيش قد أسلف كما اسلفكما ؟ فقــالا : لا ، فقــال عمر ابنـــا امـــير المؤمنين فأسلفكما . اديا المال وربحه فأما عبد الله فســـكت ، واما عبيد الله فقال : يا أمير المؤمنين لو هلك المال ضمناه ، فقال : ادياه ، فسكت عبد الله ، وراجعــــه عبيد الله فقال رجل من جلساء عمر : يا أمير المؤمنين لو جعلته قراضـا ، فأخذ راس المال ونصف ربحه واخــذ عبد الله وعبيد الله نصف ربح المال ١٣٨

((حرف الطـاء))

نهى النبى ﷺ عــن امر كان لـكم نافعـا وطاعــة رسول الله خير لكم نهاكم عن الحقل ٢٤١ـ٢٤٢

كان احدنا اذا استغنى عن ارض او افتقـر اليــه اعطاها بالنصف والثلث والربع ويشترط ثلاثة جداول والقصارة وما يسقى الربيع وكان يعمل فيها عملا شديدا او يصيب منها منفعة فأتانا رافع بن خديج فقـــال نهى

« حرف الظاء »

« حرف العين »

الشطر ولبني فلان الشطر فقال اربيتما ، فرد الأرض على اهلها وخذ نفقتك ٢٤٢

جعت مرة جوعا شديداً فخرجت لطلب العمل فى عوالى المدينة فاذا انا بامراة قد جمعت مدراً فظننتها تريد بله فقاطعتها كل ذنوب على تمرة فمددت ستة عشر ذنوبا حتى مجلت يداى ثم اتيتها فعدت لى ست عشرة تمرة فاتيت النبى ﷺ فاخبرته فاكل معى منها ٢٥٦

قالت الانصار للنبى ﷺ : اقسم بيننا وبين اخواننا المهاجرين النخل ، قال : لا فقالوا : تكفونا العمل ونشرككم فى الثمرة فقالوا : سمعنا وأطعنا .. .. ١٥٨—٢٢٠

دفع الى يهود خيبر نخل خيبر وارضها على ان يعملوها من اموالهم ولرسول الله شطر ثمرها ١٥٨

اعطى يهود خيبر ان يعملوها ويزرعوها ولهم شطر ما يخرج منها ١٥٨

اسر النبى ﷺ لما ظهر على خيبر ساله اليهود ان يقرهم بها على ان يكفونا عملا ولهم نصف الثمرة فقال : لهم نقركم بها على ذلك ما شئنا .. .. ١٥٨—٢٢٠

كان احدنا اذا استغنى عن ارضه او افتقر اليه اعطاها بالنصف والثلث والربع ويشترط ثلاثة جداول والقصارة وما يسقى الربيع وكان يعمل فيها عملا شديداً ويهيب منها منفعة فاتانا رافع بن خديج فقال نهى النبى ﷺ عن امر كان لكم نافعا وطاعة رسول الله ﷺ خير لكم نهاكم عن الحقل .. .. ٢٤١—٢٤٢

ان رافع بن خديج قال كنا نخابر على عهد رسول الله ﷺ وذكر ان بعض عمومته اتاه فقال : نهى رسول الله ﷺ عن امر كان لنا نافعا وطاعة الله ورسوله إنفع لنا وانفع قلنا : وما ذاك ؟ قال : قال رسول الله ﷺ من كانت له ارض فليزرعها ولا يكرها بثلث ولا بربع ولا بطعام مسمى ٢٣٩

روى زيد بن اسلم عن ابيه أن عبد الله وعبيد الله ابنى عمر بن الخطاب رضى الله عنهم خرجا فى جيش الى العراق فلما قفلا مرا على عامل لعمر بن الخطاب رضى الله عنه فرحب بهما وسهل وقال : لو اقدر لكما على امر انفعكما لفعلت ، ثم قال : بلى ههنا مال من مال الله أريد أن ابعث به الى امير المؤمنين فاسلفكما فتبتاعان به متاعا من متاع العراق ثم تبيعانه فى المدينة وتوفران راس المال الى امير المؤمنين ويكون به لكما ربحه ، فقالا : وددنا ، ففعل

« حرف الغين »

« حرف الفاء »

« حرف القاف »

((حرف الكاف))

« حرف اللام »

« حرف الميم »

((حرف النون))

« حرف الواو »

« حرف الياء »

ثالثاً ـ الأشعار الاستشهادية

اجارتنا بينى فانك طالقه
وموموقة ما كنت فينا ووامقه
الأعشى ٨٤

اخليفة الرحمن انا معشر
حنفاء نسجد بكرة واصيلا
عرب نرى لله فى اموالنا
حق الزكاة منزلا تنزيلا
قوم على الاسلام لما يمنعوا
ماعونهم ويضيعوا التهليلا
الراعى ٤١

بغاث الطير اكثرها فراخاً
وأم الصقر مقلاف نزور
كثير ٢١

باجود منه بماعونة
اذا ما سماؤهم لم تغم
الأعشى ٤٠

بارزة الفقارة لم يخنها
قطاف فى الركاب ولا خلاء
زهير ٢٧٠

فأدركهمــــــا ثانياً مــن عنــانه
يمــــــــركم الرائــــح المتحلب

علقمة ٣٠٢

فللساق الهــوب والســـوط درة
وللزجر منه وقع أهــــوج متعب

امرىء القيس ٣٠٢

فتغــل لــكم مالا تغـــل لأمـشــالها
قرى بالعــراق مــن قفــيز ودرهم

زهير بن أبى سلمى ٤٨

كوفيـــة نـــازح محلتهــــــــا
لا امم دارهـــــــــا ولا صقب

١٤

واني لتعيــرونى لذكـــراك هــــزة
كما انتفض العصــــــفور بلله القطر

٣٨

ومســــــتخبر عن سر ليلى تركتــه
بعميـــاء من ليـلى بغير يقــــين
يقـــولون خـــبرنا فأنت امينهـــا
وما انا ان خبرتهــــــم بامــــين

١١

رابعاً ــ الأعـــلام

« حرف الألف »

((حرف البـاء))

« حرف التاء »

« حرف الثاء »

« حرف الجيم »

« حرف الحاء »

« حرف الخاء »

« حرف الدال »

« حرف الذال »

« حرف الراء »

« حرف الزاي »

«حرف السين»

« حرف الشين »

« حرف الصاد »

« حرف الضاد »

« حرف الطاء »

« حرف العين »

« حرف الغين »

« حرف الفاء »

« حرف القاف »

« حرف الكاف »

« حرف اللام »

«حرف الميم»

«حرف النون»

« حرف الهاء »

« حرف الواو »

« حرف الياء »

خامساً ـ الأحكام

كتاب العارية

الصفحة الأحكام

انتهى الجزء الخامس عشر

الخطا المطبعى وتصويبه

الخطا	الصواب	الصفحة	السطر
عمر	عمرو	١٠	١
الجدرى	الجدوى	١١	١٧
وفى انجلترا و	وفى انجلترا	١٥١	١٦
امريكا بنس	بنس وامريكا سنت		
ابين	أبن	٢٥٢	١٢



تنبيـــــه

كتبه الفقير : محمد نجيب المطيعى
عضـو اتحاد الكتاب بـ ج٠م٠ع
تليفون : ٨٢٠٩٩١ ، ٨٣٣٧٩٢





